WERKNEMERS EN INSOLVENTIE

EEN RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE NAAR DE RECHTSPOSITIE VAN WERKNEMERS BIJ INSOLVENTIE VAN DE WERKGEVER



VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Werknemers en insolventie

Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever

Een onderzoek verricht in opdracht van het
ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
door de Vrije Universiteit Amsterdam

Auteurs:
Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens
Prof. mr. dr. W.L. Roozendaal
Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

Maart 2015

ISBN: 978 90 5383 123 6
NUR: 825

Inhoud

I. Inleiding

I.1 Algemeen

Een faillissement heeft ingrijpende gevolgen voor de betrokken (rechts)persoon en zijn schuldeisers en aandeelhouders. Het faillissement van een werkgever vormt tevens een ernstige bedreiging van de bestaanszekerheid van de in de onderneming van die werkgever werkzame werknemers. Meestal moeten zij vrezen dat het loon en achterstallige betalingsverplichtingen niet zullen worden voldaan en dat hun arbeidsovereenkomst met de failliet door de curator zal worden beëindigd. Een doorstart kan de gevolgen van het faillissement voor de werknemers beperken, maar of iemand bereid is de (gezonde delen van de) onderneming en (een deel van) het personeel over te nemen, is veelal onzeker.

Ons recht kent, naast het faillissement, nog een openbare insolventieprocedure onder rechterlijk toezicht: de surseance van betaling.[1] Terwijl het faillissement gericht is op liquidatie van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, kan de surseanceverlening worden gekarakteriseerd als een algemeen uitstel van betaling, verleend om de schuldenaar enige tijd te gunnen om orde op zaken te stellen en eventueel tot sanering van zijn bedrijf te komen.[2] Als een reorganisatie van het bedrijf nodig blijkt, vindt deze in de praktijk echter zelden plaats tijdens surseance. Veelal wordt in dat geval gebruik gemaakt van een activa-transactie na faillissement. De curator verkoopt de activa aan een nieuwe entiteit, die slechts een deel van het personeel overneemt, waarna de koopprijs wordt verdeeld onder de schuldeisers van de oude entiteit.[3]

De voorkeur voor het faillissement als herstructureringsinstrument hangt samen met het grotendeels vervallen van de wettelijke bescherming die werknemers kunnen ontlenen aan het ontslagrecht en de wettelijke regeling inzake overgang van een (onderdeel van de) onderneming als gevolg van de faillietverklaring. Het faillissement is in dat kader wel omschreven als een ‘werkgeverswalhalla’.[4] Genoemde werknemersbescherming is, althans voor een belangrijk deel, tijdens surseance van betaling wel van toepassing.

I.2 Aanleiding voor het onderzoek

In 2012 heeft de minister van Veiligheid en Justitie het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aangekondigd.[5] Overwogen werd dat de economische en sociale gevolgen van een faillissement, zowel voor de failliet, de betrokken werknemers als schuldeisers rechtvaardigen dat gekeken wordt naar het wettelijk kader. Binnen het programma worden verbeterpunten in het faillissementsrecht verkend en uitgewerkt. Het programma rust op drie pijlers:

i. fraudebestrijding;
ii. versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, en

[1] De derde insolventieprocedure, de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.
[2] A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering,* Deventer: Kluwer 2013, p. 127.
[3] INSOLAD, *Toelichting op het INSOLAD ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling*, p. 1.
[4] B.F.M. Knüppe, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 53.
[5] *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.

iii. modernisering.

Binnen de pijlers wordt gewerkt aan diverse wetsvoorstellen. Binnen de tweede pijler wordt bezien hoe faillissementen zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen en, als dat niet mogelijk blijkt, welke maatregelen kunnen worden getroffen om een doorstart te vergemakkelijken. In het eerste wetsvoorstel (Wet continuïteit ondernemingen I) binnen deze zogenoemde 'reorganisatiepijler' wordt onder meer een uitdrukkelijke wettelijke regeling geboden voor de *pre-pack,* een uit het Engelse recht bekende rechtsfiguur die in de praktijk ook in Nederland door het merendeel van de rechtbanken wordt gefaciliteerd door reeds vóór een aanstaand faillissement aan te geven wie in dat faillissement tot curator en rechter-commissaris zullen worden benoemd. Bedoeling van de regeling is de onderneming de gelegenheid te geven het faillissement en, indien aan de orde, een mogelijke verkoop en doorstart van bedrijfsonderdelen in relatieve rust, onder het toeziend oog van de toekomstige curator, voor te bereiden.[6]

Nadat het wetsvoorstel waarin een en ander is neergelegd, was voorgelegd aan de Afdeling Advisering van de Raad van State, kregen de doorstarts van postorderbedrijf Neckermann en kinderopvangorganisatie Estro de nodige aandacht in de landelijke media. Beide kwamen tot stand met gebruikmaking van de pre-packmethode. Verschillende Kamervragen werden gesteld en de Estro-casus was een van de onderwerpen die werden besproken tijdens het Algemeen Overleg tussen de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamer over de kinderopvang op 24 september 2014.[7] Daarin werd aandacht gevraagd voor de positie van werknemers in faillissement, mede naar aanleiding van een brief van de FNV aan de Vaste Kamercommissie, waarin erop werd gewezen dat de 'in vergelijking tot onze buurlanden extreem grote bevrijding van personeelslasten' als gevolg van faillissement het aanvragen daarvan met het oog op een goedkope, bevrijdende doorstart aantrekkelijk maakt.[8] Volgens de FNV is Nederland het enige land waar de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming in een insolventieprocedure volledig niet van toepassing zijn. Daarom zou het 'schijnfaillissement' volgens de brief ook een typisch Nederlands verschijnsel zijn.

De minister heeft, als reactie op een en ander, aan de Tweede Kamer een onderzoek toegezegd naar de positie van werknemers in faillissement, waarbij tevens de vraag diende te worden betrokken hoe een en ander is geregeld in de ons omringende landen. De opdracht tot het verrichten van dit onderzoek is een uitvloeisel van die toezegging.

I.3 Doel- en vraagstelling

Centrale vraag in dit onderzoek is in hoeverre de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer wiens werkgever in een insolventieprocedure verzeild raakt, verschilt van die buiten insolventie. Tevens wordt onderzocht hoe een en ander is geregeld in België, Duitsland, Engeland en Frankrijk.

Doel van het onderzoek is het verschaffen van een overzicht van alle relevante aspecten van de hiervoor weergegeven problematiek op een zodanige wijze dat een goed

[6] *Kamerstukken II* 2014/15, 33 695, nr. 7, p. 2.
[7] *Kamerstukken II* 2014/15, 31 322, nr. 260.
[8] http://www.fnv.nl/site/nieuws/nieuwsberichten/682057/881656/14-09-23_FNV_Brief_Kinderopvang_aan__Tweede_Kamercommissie_SZW.pdf (geraadpleegd op 20 maart 2015).

onderbouwde beleidskeuze kan worden gemaakt voor eventuele aanpassing van de positie van werknemers bij faillissement en/of surseance van betaling. Met het oog daarop vormt een inventarisatie van de ideeën die in de literatuur zijn opgeworpen voor aanpassing van de rechtspositie van werknemers bij insolventie van hun werkgever tevens onderdeel van het onderzoek.

Van insolventie is sprake wanneer een persoon of onderneming niet in staat is zijn of haar schulden te voldoen. In dit onderzoek wordt het begrip in een beperktere betekenis gebruikt. Wij verstaan onder insolventie uitsluitend de situatie waarin ten aanzien van een (rechts)persoon die een opnderneming drijft, een formele insolventieprocedure is ingeleid. Het onderzoek concentreert zich voor zover het Nederland betreft op het faillissement en de surseance van betaling. De schuldsaneringregeling natuurlijke personen blijft buiten beschouwing.

Bij de bespreking van de gevolgen voor de rechtspositie van de werknemers, beperken wij ons tot de 'reguliere' werknemers die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd in de zin van art. 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW) hebben met de failliet. Niet aan de orde komen de consequenties van de insolventverklaring voor flexibele arbeidskrachten en zelfstandigen (zonder personeel) die werkzaamheden voor de gefailleerde onderneming verrichten. Ook de bijzondere positie van de bestuurder (statutair directeur) blijft buiten beschouwing. Voorts gaan wij niet in op de gevolgen van insolventie voor de pensioenaanspraken van werknemers.

I.4 Aanpak en methode

Om de centrale vraag goed te kunnen beantwoorden wordt hierna eerst de relevante Europese regelgeving in kaart gebracht (hoofdstuk II). Deze is van grote betekenis voor de wijze waarop de lidstaten van de Europese Unie de bescherming van werknemers bij faillissement vorm hebben gegeven. De Europese regelgeving vormt voorts een toetsingskader bij de beoordeling van voorstellen tot aanpassing van de nationale regels op dit terrein.

Na de bespreking van de relevante Europese regelgeving wordt in vier hoofdstukken ingezoomd op het Nederlandse recht. Wij gaan uitgebreid in op de gevolgen van een faillissement en surseance van betaling voor de rechtspositie van de individuele werknemer, zowel naar huidig als naar komend recht (hoofdstuk III). In dat verband zal ook de overneming van betalingsverplichtingen door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (ook wel aangeduid als de 'loongarantieregeling') ter sprake komen. Vervolgens staan wij uitgebreid stil bij de arbeidsrechtelijke consequenties van een doorstart. Eerst wordt bezien in hoeverre werknemers bescherming genieten bij een (voorbereide) doorstart die tot stand komt tijdens insolventie van de werkgever en komt aan de orde welke instrumenten werknemers(vertegenwoordigers) ten dienste staan om misbruik te bestrijden (hoofdstuk IV). Daarna bespreken wij de 'doorwerking' van de arbeidsovereenkomst(en) met de failliet op de rechtsverhouding van het overgenomen personeel met de doorstarter (hoofdstuk V). In het daarop volgende hoofdstuk (VI) staan wij stil bij de medezeggenschapsaspecten (informatieverschaffing aan en raadpleging van ondernemingsraad en vakorganisaties) verbonden aan een faillissement van de werkgever en een bedrijfsovername.

De uiteenzetting van het Nederlandse recht wordt gevolgd door een bespreking van de arbeidsrechtelijke rechtpositie van werknemers bij insolventie van hun werkgever in ons omringende landen (hoofdstuk VII). Ingegaan wordt op de vraag in hoeverre deze positie verschilt van de Nederlandse in achtereenvolgens België, Duitsland, Engeland en Frankrijk.

Het rapport wordt afgesloten met een samenvatting, waarin de belangrijkste bevindingen van het onderzoek systematisch zijn weergegeven (hoofdstuk VIII).

De gehanteerde onderzoeksmethode is de voor klassiek-juridisch onderzoek gebruikelijke tekstanalyse en -interpretatie van wet- en regelgeving, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en vakliteratuur die over dit onderwerp is verschenen. De onderzoeksmethode brengt beperkingen met zich, in die zin dat onze studie vooral *law on the books* in kaart brengt en nauwelijks inzicht geeft in *law in action*.

II. Het Europeesrechtelijk kader

II.1 Algemeen

Om de centrale vraag van dit onderzoek goed te kunnen beantwoorden brengen wij eerst de relevante Europese regelgeving in kaart.[9] Voor de onderhavige problematiek zijn in het bijzonder vier richtlijnen van belang, te weten:

- Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen; [10]
- Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag;[11]
- Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever[12] en
- Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap.[13]

De eerste drie richtlijnen hebben alle ten doel de werknemers passende bescherming te bieden in situaties die verband houden met herstructureringen van bedrijven en langdurige economische moeilijkheden. De laatste ziet op de informatieverschaffing aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers, onder meer over beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de voor de arbeidsorganisatie of arbeidsvoorwaarden kunnen meebrengen.

Genoemde richtlijnen zijn van grote betekenis voor de wijze waarop de diverse lidstaten van de Europese Unie de bescherming van werknemers bij faillissement vorm hebben gegeven. Zij zijn voor alle lidstaten verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken (art. 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Voorts moet de rechter bij de toepassing van nationale voorschriften die ter uitvoering van de uit een richtlijn voortvloeiende verplichtingen zijn vastgesteld, het gehele nationale recht in beschouwing nemen en dit zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en de doelstelling van deze richtlijn uitleggen om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel (‘richtlijnconforme

---

[9] Zie daarover ook: K. Riesenhuber, *European Employment Law. A Systematic Exposition*, Ius Communitatis IV, Cambridge/ Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 533-628; C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford European Union Law Library 2012, p. 577-656 en 685-691; S.S.M Peters & R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht,* Monografieën Sociaal Recht, Deel 2, Deventer: Kluwer 2012, p. 265-290; R. Blanpain, *European Labour Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 827-900.

[10] *PbEG* 2001, L. 82.

[11] *PbEG* 1998, L. 225.

[12] *PbEU* 2008, L. 283.

[13] *PbEG* 2002, L. 80.

interpretatie').[14] De richtlijnen vormen ten slotte een belangrijk toetsingskader bij de beoordeling van voorstellen tot aanpassing van de nationale regels op dit terrein. Zij doen overigens geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten van de EU om bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de betrokken werknemers.

In dit onderzoek wordt geen aandacht besteed aan Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures (de 'Insolventieverordening').[15] Deze verordening geeft voornamelijk regels omtrent de bevoegdheid om een insolventieprocedure te openen, omtrent de erkenning van die opening in één lidstaat door alle andere lidstaten, alsmede omtrent het toepasselijke recht voor entiteiten die in meerdere landen aanwezig zijn.[16] Zij ziet derhalve uitsluitend op grensoverschrijdende gevolgen van insolventieprocedures.

II.2 Richtlijn 2001/23/EG: overgang van ondernemingen

II.2.1 Behoud van rechten en verplichtingen en bescherming tegen ontslag

Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking door de overgang van een (onderdeel van een) onderneming overgaan op de verkrijger (art. 2 lid 1). Die overgang mag op zichzelf ook geen reden vormen voor ontslag. Deze bepaling vormt echter geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen, zogenoemde 'ETO-redenen' (art. 4 lid 1).

Van belang is voorts dat het Hof van Justitie van de EU aanneemt dat de door de richtlijn geboden bescherming van openbare orde is.[17] Hieruit volgt dat de betrokken werknemers niet op voorhand kunnen afzien van hun door de richtlijn toegekende rechten en dat deze rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming. De overgang van onderneming levert op zichzelf geen grond voor wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer op, ook niet als de vakorganisaties daarmee hebben ingestemd.

II.2.2 Het Hof van Justitie over toepasselijkheid van de Richtlijn in insolventieprocedures

De voorgangster van Richtlijn 2001/23/EG was de uit 1977 daterende Richtlijn 77/187/EEG. In deze eerste richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming waren geen bepalingen over overgang in het kader van een insolventieprocedure opgenomen. Het Hof van Justitie heeft in een reeks arresten duidelijkheid verschaft over de toepasselijkheid bij insolventie van de werkgever.

---

[14] Zie onder meer HvJ EG 10 april 1984, *Jurispr.* 1984, p 1891 (*Von Colson*); HvJ 13 november 1990, *Jurispr.* I-4135 (*Marleasing*); HvJ EG 5 oktober 2004, *Jurispr.* I-8835 (*Pfeiffer e.a.*)

[15] Verordening van de Raad van 29 mei 2000, *PbEG* 2000, L 160..

[16] Zie daarover onder anderen: B. Wessels, *International Insolvency Law,* Deventer: Kluwer 2012 en P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht,* Deventer: Kluwer 2012, p. 207-216.

[17] HvJ 10 februari 1988, *NJ* 1990/423 (*Daddy's Dance Hall*); HvJ 25 juli 1991, *NJ* 1994/168 (*D'Urso*); HvJ 12 november 1992, *JAR* 1993/15 (*Watson Rask*); HvJ 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (*Schmidt*); HvJ 6 november 2003, *JAR* 2003/297 (*Martin e.a.*).

Het eerste arrest in deze reeks werd gewezen in de zaak *Abels* uit 1985.[18] Deze Nederlandse zaak betrof een afgewezen beroep van een werknemer op de loongarantieregeling (zie daarover III.4) voor de achterstallige betalingsverplichtingen van diens werkgever aan wie eerst surseance van betaling was verleend en die vervolgens failliet was verklaard. De onderneming werd door de curator verkocht aan een derde die een groot deel van het personeel overnam. Het beroep van de werknemer op de loongarantieregeling werd door de bedrijfsvereniging afgewezen, omdat de werknemer zich voor de achterstallige betalingen zou kunnen wenden tot de verkrijger van de onderneming.

Het Hof van Justitie concentreert zich in het arrest op de vraag of sprake is van een ‘overdracht krachtens overeenkomst’ in de zin van de richtlijn, indien de vervreemder van de onderneming in staat van faillissement is verklaard of aan hem surseance van betaling is verleend. Deze vraag wordt op systematische en teleologische gronden negatief beantwoord. Het Hof constateert dat er sprake is van terminologische verschillen tussen de verschillende taalversies van de Richtlijn en dat het faillissementsrecht zowel in de rechtsstelsels van de lidstaten als in de communautaire rechtsorde bijzondere regels kent.[19] Het Hof van Justitie komt op die gronden tot de slotsom dat de Richtlijn, indien zij ook van toepassing had moeten zijn op de overgang van ondernemingen in het kader van faillissement of een overeenkomstige procedure, een uitdrukkelijke bepaling van die strekking zou hebben bevat. Het overweegt vervolgens dat deze interpretatie zich ook opdringt wanneer men nagaat wat het doel van de Richtlijn is. Van de ene kant kan worden betoogd dat werknemers juist in geval van faillissement van hun werkgever bescherming behoeven. Daar staat echter tegenover dat toepasselijkheid van de Richtlijn een potentiële verkrijger van overneming van de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden zou kunnen weerhouden, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat de activa van de onderneming afzonderlijk worden verkocht. Daardoor zouden alle arbeidsplaatsen in de onderneming verloren gaan, zodat juist afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van de richtlijn. Conclusie van het Hof van Justitie was dat Richtlijn 77/187/EEG niet van toepassing is op de overgang van een onderneming in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard, indien althans de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan in de faillissementsboedel valt. Dit laat volgens het Hof onverlet de bevoegdheid van de lidstaten om naar eigen keuze de beginselen van de Richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen.

Met betrekking tot een overgang in het kader van een surseance van betaling komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat de Richtlijn wel onverkort van toepassing is. Het Hof stelt vast dat een procedure van het type 'surseance van betaling' enkele kenmerken gemeen heeft met de faillissementsprocedure – zo is zij, evenals deze laatste, gerechtelijk van aard – maar zich daarvan ook onderscheidt, doordat het toezicht van de rechter op de aanvang en het verloop van de procedure primair gericht is ‘op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming’. Door middel van een collectieve

[18] HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900.

[19] Het Hof verwijst in dat verband onder meer naar Richtlijn 75/129/EEG inzake collectief ontslag, die – zoals hierna aan de orde komt - uitdrukkelijk niet van toepassing was op werknemers die worden getroffen door het beëindigen van de werkzaamheden van de plaatselijke eenheid, 'dat voortvloeit uit een rechterlijke beslissing' (art. 1 lid 2 sub d Richtlijn 75/129), en de hierna eveneens te bespreken Richtlijn nr. 80/987/EEG inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.

opschorting van de betalingsverplichtingen wordt beoogd een regeling te vinden die deze voortzetting voor de toekomst verzekert. Komt een dergelijke regeling niet tot stand, dan kan de procedure uitlopen op faillietverklaring van de debiteur. De argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de Richtlijn op de overgang van ondernemingen in geval van faillissement, gaan daarom, volgens het Hof, niet op bij een procedure van dit type.

In de jurisprudentie na het Abels-arrest heeft het Hof van Justitie het onderscheid tussen wel en niet op liquidatie van de boedel gerichte insolventieprocedures gehandhaafd. In de zaak *D'Urso* uit 1991 oordeelde het Hof dat de Richtlijn van toepassing kan zijn op overdrachten van ondernemingen die onder de Italiaanse procedure van buitengewoon bewind zijn geplaatst.[20] Beslissend voor de toepasselijkheid van de Richtlijn is volgens het Hof niet de aard en omvang van het rechterlijk toezicht, maar het doel dat met de insolventieprocedure is beoogd. Strekt het bewind tot vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, dan is op een in dat juridisch kader tot stand gekomen overgang de Richtlijn niet van toepassing. Wanneer het besluit tot toepassing van de procedure van bijzonder bewind tevens voorziet in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming onder leiding van een commissaris die met het bijzonder bewind is belast, heeft die procedure echter primair tot doel de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen, dat haar werkzaamheid voor de toekomst verzekerd is. Voor dat geval ziet het Hof geen rechtvaardiging om de werknemers de rechten te onthouden die zij aan de Richtlijn kunnen ontlenen.

Een aantal jaren later moest het Hof van Justitie, wederom in een Italiaanse zaak, antwoord geven op een vergelijkbare prejudiciële vraag.[21] Het Hof bevestigt in dit arrest dat het beslissende criterium is welk doel met de betrokken procedure wordt beoogd. Ook in deze zaak werd de Richtlijn toepasselijk geacht. Het Hof wees er met name op, dat de handeling waarbij wordt vastgesteld dat de onderneming in moeilijkheden verkeert, ertoe strekt, de voorwaarden te creëren voor het herstel van de economische en financiële situatie van de onderneming, en vooral voor het behoud van de werkgelegenheid. Het doel van de procedure was dus de voortzetting van de activiteit van de onderneming te verzekeren met het oog op een latere overname.

Het betoog dat toepasselijkheid van de Richtlijn voor werknemers wel eens minder gunstig zou kunnen zijn, omdat een potentiële verkrijger er liever van afziet de onderneming te kopen indien hij het overtollige personeel van de overgedragen onderneming moet aanhouden, werd in beide arresten verworpen. Het Hof verwees daarbij naar artikel 4, lid 1 van de Richtlijn, op grond waarvan de overgang voor de vervreemder of de verkrijger daarvan geen beletsel vormt voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen. Het voegde daaraan toe dat, wanneer een nationale regeling, om ontslagen zo veel mogelijk te voorkomen, bepalingen bevat die het mogelijk maken de lasten van het aanhouden van overtollige werknemers voor de vervreemder te verlichten of weg te nemen, de Richtlijn er evenmin aan in de weg staat, dat die bepalingen na de overgang ten gunste van de verkrijger worden toegepast.

[20] HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (*D'Urso*)
[21] HvJ EG 7 december 1995, *NJ* 1996, 743 (*Spano/Fiat*)

In het uit 1998 daterende arrest in de zaak *Dethier Equipement/Dassy* moest het Hof van Justitie het onderscheid tussen procedures die wel en procedures die niet onder de Richtlijn vallen, nader definiëren.[22] Het ging in dit arrest om de destijds in België bestaande regeling voor de gerechtelijke vereffening van vennootschappen. Deze procedure vertoonde bepaalde overeenkomsten met het faillissement – zo was haar doel om het actief van de vennootschap te gelde te maken – maar er waren ook diverse verschillen tussen beide procedures aan te wijzen. Het Hof stelde vast dat, om te bepalen of de overgang van een onderneming die onderwerp is van een procedure die overeenkomsten vertoont met een faillissement onder de Richtlijn valt, beslissend is het *doel* dat met de betrokken procedure wordt beoogd, maar – en dat was nieuw – dat ook rekening moet worden gehouden met de *modaliteiten* van die procedure en de doelstelling van de Richtlijn.

In de Belgische regeling was voor vereffening geen voorwaarde dat de passiva de activa overtroffen. Vereffening kon een aan het faillissement voorafgaande stap zijn, maar zij kon ook plaatsvinden wanneer de vennoten niet langer wilden samenwerken. Het ging in de procedure om de tegeldemaking van de activa ten bate van de vennootschap zelf en, pas in tweede instantie, van haar schuldeisers, zo deze er waren. Derhalve kon het doel van gerechtelijke vereffening soms weliswaar verwant zijn aan dat van faillissement, maar dit behoefde niet zo te zijn, aangezien deze procedure kon worden toegepast in alle gevallen waarin men de werkzaamheid van de vennootschap wenste te beëindigen, ongeacht de redenen voor die keuze.

Omdat in het onderhavige geval het doel van de procedure onvoldoende uitsluitsel gaf, onderzocht het Hof van Justitie ook de modaliteiten van die procedure. Het constateerde in dat verband, dat in geval van vereffening de vereffenaar, hoewel door de rechter benoemd, een orgaan van de vennootschap is dat overgaat tot verkoop van de activa onder toezicht van de algemene vergadering, dat er geen bijzondere procedure bestaat voor de vaststelling van het passief onder toezicht van de rechtbank, en dat een schuldeiser in beginsel zijn vordering tegen de vennootschap ten uitvoer kan doen leggen en veroordeling kan vorderen. Bij faillissement daarentegen is de curator, als vertegenwoordiger van de schuldeisers, een derde ten opzichte van de vennootschap; hij gaat over tot de vaststelling van het actief onder toezicht van de rechter, het passief van de vennootschap wordt vastgesteld volgens een bijzondere procedure en individuele uitwinningshandelingen zijn verboden. Het Hof leidt uit een en ander af dat de situatie van een vennootschap in gerechtelijke vereffening aanzienlijke verschillen vertoont ten opzichte van die van een vennootschap in staat van faillissement, en dat de redenen op grond waarvan het Hof de toepassing van de Richtlijn in laatstbedoeld geval heeft uitgesloten, in het geval van een onderneming die in gerechtelijke vereffening verkeert, niet hoeven te gelden. Dit is het geval indien, zoals in casu, de werkzaamheid van de onderneming tijdens de gerechtelijke vereffening wordt voortgezet. De continuïteit van de exploitatie is dan verzekerd, wanneer de onderneming wordt overgedragen. Niets rechtvaardigt in dat geval, dat de werknemers de rechten worden ontnomen die de Richtlijn hen onder de daarin neergelegde voorwaarden waarborgt.

[22] HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100 (*Dethier Equipement/Dassy*).

In datzelfde jaar deed het Hof van Justitie eveneens uitspraak over de andere variant van de Belgische vereffeningsprocedure, de vrijwillige vereffening.[23] Deze kwam in de kern overeen met de gerechtelijke vereffening, met dit verschil, dat bij vrijwillige vereffening de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap besluit om tot vereffening over te gaan, de vereffenaars benoemt en hun bevoegdheden afbakent, en niet de rechter. Pas wanneer er geen meerderheid van aandeelhouders voorhanden is, dient de vennootschap zich tot de rechter te wenden om de vereffening te laten uitspreken, waarna de rechter de vereffenaars benoemt overeenkomstig de statuten van de vennootschap of het besluit van de algemene vergadering, tenzij het zeker lijkt dat de algemene vergadering wegens verdeeldheid onder de aandeelhouders niet tot een besluit zal kunnen komen, in welk geval de rechter een gerechtelijke vereffenaar benoemt.

Het Hof herhaalt in zijn arrest de overweging uit het Dethier-arrest dat bij de beoordeling of de overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een administratieve of gerechtelijke procedure binnen de werkingssfeer van de Richtlijn valt, het beslissende criterium het doel is dat met de betrokken procedure wordt beoogd en dat daarnaast rekening moet worden gehouden met de modaliteiten van de betrokken procedure, met name met de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de Richtlijn. Vervolgens overweegt het Hof dat de vrijwillige vereffening, althans wat een aantal modaliteiten betreft, nog meer van faillissement verschilt dan gerechtelijke vereffening. De Richtlijn wordt daarom van toepassing geacht op de overdracht van de onderneming door een vennootschap in vrijwillige vereffening.

De door het Hof van Justitie ontwikkelde criteria leveren geen heldere scheidslijn op. Bij een doorstart na faillissement is veelal sprake van voortzetting van (een onderdeel van) de onderneming, terwijl over het formele doel van de procedure geen misverstand kan bestaan: liquidatie van de failliete vennootschap. Wat geeft in dat geval de doorslag?[24] Dat recent discussie in de Nederlandse literatuur is ontstaan over de vraag of werknemers bij een een voorbereide doorstart, in het bijzonder bij een zogeheten *pre-pack*, rechten kunnen ontlenen aan de Richtlijn, is gelet op deze onduidelijkheid niet vreemd. Zie over deze discussie § IV.2.

II.2.3 Herziening en hercodificatie van de Richtlijn

In 1998 werd Richtlijn 77/187/EEG herzien. Belangrijkste reden daarvoor was dat het met het oog op de rechtszekerheid en ter wille van de juridische transparantie wenselijk werd geacht de inmiddels door het Hof van Justitie gewezen jurisprudentie te codificeren. Een van de onderdelen van de herziening was het vastleggen van de bevoegdheid van lidstaten om de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 77/187/EEG niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure. Daar bleef het echter niet bij. Teneinde het voortbestaan van insolvente onderneming te verzekeren werden daarnaast enkele bepalingen opgenomen die uitzonderingen op de algemene regels van de Richtlijn toestaan in geval van

[23] HvJ 12 november 1998, *JAR* 1999/15 (*Europièces/Sanders*).
[24] Vgl. F.B.J. Grapperhaus, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 64.

overgang in het kader van insolventieprocedures die niet gericht zijn op liquidatie van de boedel.

In haar toelichting bij het oorspronkelijke voorstel voor de herzieningsrichtlijn zet de Commissie uiteen dat bij toepassing van de Richtlijn op een overgang tijdens een insolventieprocedure het conflict tussen de verworven rechten van werknemers en die van andere crediteuren het onderliggende probleem is.[25] Indien de werknemers van de insolvente onderneming, alsmede al hun rechten en aanspraken op de nieuwe, solvente eigenaar overgaan, komt dat erop neer dat die werknemers een gunstigere behandeling krijgen dan andere crediteuren van de insolvente onderneming. De crediteuren zullen aanvoeren dat de koper minder betaalt voor de overgedragen onderneming door het feit dat hij alle verplichtingen tegenover de nieuwe werknemers over moet nemen. Daardoor wordt het vermogen waarop de crediteuren van de insolvente onderneming verhaal kunnen nemen, kleiner. De overdracht van die verantwoordelijkheid zou de potentiële koper er ook van kunnen weerhouden om een onderneming te kopen op voorwaarden die aanvaardbaar zijn voor de crediteuren van die onderneming, die er in een dergelijk geval de voorkeur aan zouden geven de onderneming afzonderlijk te verkopen. Dit zou betekenen dat toepasselijkheid van de Richtlijn in deze gevallen meebrengt dat juist afbreuk wordt gedaan aan de door het EG-Verdrag nagestreefde verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers. In het licht van deze overwegingen en gelet op de jurisprudentie van het Hof, de noodzaak om het voortbestaan van insolvente ondernemingen, de verworven rechten van crediteuren en de rechten van de werknemers, met name het recht op werk, met elkaar te verzoenen, stelde de Commissie een nieuwe aanpak voor. Deze werd neergelegd in een nieuw art. 4bis. Bij de hercodificatie van de Richtlijn in 2001, is dit artikel teruggekeerd als art. 5 van Richtlijn 2001/23/EG.

Op grond van het eerste lid van art. 5 van Richtlijn 2001/23/EG zijn art. 3 (behoud van rechten en verplichtingen) en art. 4 (bescherming tegen ontslag) van de Richtlijn niet van toepassing wanneer de werkgever verwikkeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn). De lidstaten kunnen echter anders bepalen. De bepaling vormt een bevestiging van de hiervoor besproken jurisprudentie van het Hof van Justitie onder de eerste Richtlijn. Aangenomen wordt dat deze jurisprudentie ook van belang is voor de interpretatie van art. 5 lid 1 van de huidige Richtlijn, in het bijzonder waar het gaat om de afbakening van procedures die nog wel en procedures die niet onder de uitzondering vallen.[26]

Het tweede lid van art. 5 van Richtlijn 2001/23/EG ziet op het geval dat art. 3 en art. 4 van de Richtlijn wel van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventie-procedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de nationale

[25] COM (94) 300 def, p. 10

[26] K. Riesenhuber, *European Employment Law. A Systematic Exposition,* Ius Communitatis IV, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 584

wetgeving omschreven curator mag zijn). In deze gevallen kan een lidstaat de gevolgen van de overgang tot op zekere hoogte beperken door te bepalen:

a. dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor de schulden van de vervreemder uit hoofde van bestaande arbeidsovereenkomsten, die zijn ontstaan vóór de overgang of vóór de insolventieprocedure, en/of
b. dat de verkrijger en de vervreemder (of zijn vertegenwoordiger) enerzijds en vertegenwoordigers van werknemers anderzijds wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kunnen overeenkomen, bedoeld om de werkgelegenheid te verzekeren door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren.[27]

Voor een beperking als bedoeld in onderdeel a. is wel vereist dat de werknemers een bescherming wordt geboden die ten minste gelijkwaardig is aan die van de hierna te bespreken Richtlijn 2008/94/EG. De Commissie is er blijkens de toelichting op het voorstel voor de herzieningsrichtlijn van overtuigd dat een beperking van de aansprakelijkheid van de verkrijger voor de schulden van de vervreemder de overgang van de onderneming als lopend bedrijf zal waarborgen en het behoud van de werkgelegenheid zal garanderen.[28]

Art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG ziet niet alleen op het geval dat een lidstaat art. 3 en 4 van de Richtlijn van toepassing heeft verklaard op alle insolventieprocedures. Lidstaten kunnen derhalve de faillissementsprocedure van de bescherming uitsluiten en toch toepassing geven aan art. 5 lid 2 voor andere insolventieprocedures. Verder mag uit de bepaling niet worden afgeleid dat de lidstaten die art. 3 en art. 4 wel van toepassing verklaren op het faillissement van de werkgever, daarbij geen andere beperkingen zouden mogen aanbrengen dan die genoemd in art. 5 lid 2. Het gaat om een (aanvullende) bevoegdheid bedoeld voor insolventieprocedures die juist niet gericht zijn op liquidatie van het vermogen van de vervreemder.[29]

Uit een onderzoek van de Commissie uit 2007 bleek dat destijds elf van de 25 lidstaten (waaronder Duitsland) de richtlijnbepalingen ook toepasten wanneer de werkgever failliet is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Zes lidstaten (waaronder Duitsland, Frankrijk, België en het Verenigd Koninkrijk) maakten gebruik van de mogelijkheden genoemd in art. 5 lid 2 van de Richtlijn. Of en zo ja, hoeveel ondernemingen als gevolg van de op grond van laatstgenoemde bepaling gemaakte uitzonderingen van faillissement gered waren, kon destijds niet worden vastgesteld.

Zie Verslag van de Commissie, COM(2007) 334 def, p. 8-9 en Bijlage I

[27] De in art. 5 lid 3 Richtlijn opgenomen bevoegdheid om art. 5 lid 2 onder b van de Richtlijn ook van toepassing te verklaren in geval van overgang van een onderneming die in ernstige moeilijkheden verkeert, is uitsluitend van belang voor het Italiaanse recht en blijft daarom buiten bespreking.
[28] COM (94) 300 def, p. 11.
[29] M. Franzen, Die Richtlinie 98/50/EG zur Änderung der Betriebsünergangrichtlinie 77/187/EWG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht, *Recht der Arbeit* 1999/6, p. 367-368; K. Riesenhuber, *European Employment Law. A Systematic Exposition,* Ius Communitatis IV, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 585. Anders: S.S.M Peters & R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht,* Monografieën Sociaal Recht, Deel 2, Deventer: Kluwer 2012, p. 281.

Ten slotte verplicht art. 5 lid 4 de lidstaten om de nodige maatregelen te treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in de richtlijnen bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Dit voorschrift was niet opgenomen in het oorspronkelijke voorstel voor de herzieningsrichtlijn. Het werd daarin opgenomen op aandringen van het Europees Parlement. [30] In de toelichting bij het gewijzigde voorstel merkt de Commissie op dat Richtlijn 77/187/EEG in de eerste plaats bedoeld is om werknemers te beschermen bij een verandering van ondernemer. Daarom moet iedere verandering die het behoud van bepaalde voordelen met betrekking tot de overgang versoepelt, met bijzondere aandacht worden beschouwd. Ook volgens de Commissie was het in die zin nodig om maatregelen te treffen die een frauduleuze aanwending van insolventieprocedures verhinderen. [31]

II.2.4 Medezeggenschap bij overgang van onderneming

Op grond van art. 7 van Richtlijn 2001/23/EG moeten vervreemder en verkrijger de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers[32] die bij een overgang zijn betrokken, tijdig informatie verstrekken over de volgende aangelegenheden:
- de datum of de voorgenomen datum van de overgang;
- de reden van de overgang;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

De vervreemder moet deze inlichtingen tijdig vóór de totstandkoming van de overgang aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers verstrekken. De verkrijger moet de informatie tijdig aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers verstrekken, en in ieder geval voordat deze werknemers in hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden rechtstreeks door de overgang worden getroffen.

Wanneer de vervreemder of de verkrijger ten aanzien van hun eigen werknemers 'maatregelen' overwegen, zijn zij verplicht de vertegenwoordigers die werknemers tijdig over deze maatregelen te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen. De raadplegingsverplichting behelst tevens een onderhandelingsverplichting, maar gaat niet zover dat ook een akkoord bereikt moet worden.[33] Lidstaten die voor de te treffen maatregelen een arbitrageregeling kennen, zoals Duitsland, mogen de informatie- en

[30] Zie amendement nr. 19, *Pb EG* 1997, C 33/83 ('De lid-staten nemen de nodige maatregelen om te verbieden dat een beroep wordt gedaan op faillissementsprocedures met de bedoeling werknemers de in dit artikel vastgelegde rechten te ontzeggen'). Daaraan voorafgaand had onder meer het Sociaal en Economisch Comité in zijn advies over de herzieningsrichtlijn opgemerkt dat met het voorstel een lofwaardige poging werd gedaan om voor insolventieprocedures een flexibele regeling te treffen, maar dat daarmee het risico van frauduleus gebruik van die procedures voor 'het opzetten van schijnfaillissementen' niet volledig leek te zijn uitgeschakeld (*PbEG* 1995, nr. C 133, p. 15).

[31] COM (97) 60 def, p. 1.

[32] Onder werknemersvertegenwoordigers worden in de Richtlijn verstaan: de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wettelijke voorschriften of de gebruiken in de lidstaten (art. 2 lid 1 onder c, Richtlijn 2001/23/EG). De uitzondering die Richtlijn 77/187/EG kende voor degene die als werknemersvertegenwoordigers zitting hebben in beheers-, bestuurs- of toezichthoudende organen van vennootschappen, is in 1998 komen te vervallen. Achtergrond daarvan was de gelijkschakeling van het begrip met dat in de Richtlijn Collectief Ontslag: zie COM (94) 300 def, p. 14.

[33] K. Riesenhuber, *European Employment Law. A Systematic Exposition,* Ius Communitatis IV, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 601.

raadplegingsverplichtingen beperken tot de gevallen waarin de tot stand gekomen overgang in de vestiging leidt tot een wijziging welke aanmerkelijke nadelen ten gevolge kan hebben voor een belangrijk gedeelte van de werknemers.

Beperking van de informatie- en raadplegingsverplichting is tevens mogelijk tot de ondernemingen die, wat het aantal werknemers betreft, voldoen aan de voorwaarden voor de verkiezing of de aanwijzing van een collegiaal lichaam dat de werknemers vertegenwoordigt. Indien in een onderneming of vestiging, om redenen buiten hun wil om, geen werknemersvertegenwoordiging aanwezig is, moeten de betrokken werknemers zelf vooraf van de eerder genoemde gegevens op de hoogte worden gesteld.

Bovengenoemde medezeggenschapsverplichtingen gelden ongeacht of de beslissing betreffende de overgang door de werkgever zelf wordt genomen of door een onderneming die zeggenschap heeft over de werkgever. De werkgever kan zich derhalve niet verschuilen achter het feit dat een onderneming die zeggenschap over hem heeft, hem de noodzakelijke informatie niet heeft verstrekt.

De in de Richtlijn neergelegde informatie- en raadplegingsverplichtingen gelden ook ingeval de werkgever verwikkeld is in een insolventieprocedure.[34] Volgens de Commissie kan medezeggenschap in dergelijke omstandigheden bijzonder nuttig zijn, omdat zij de werknemersvertegenwoordigers de gelegenheid geeft om de vervreemder voorstellen te doen ter voorkoming van insolventie en de verkrijger voorstellen inzake herallocatie.[35]

II.3 Richtlijn 98/59/EG: collectief ontslag

II.3.1 Toepassingsbereik

Richtlijn 98/59/EG verving in 1998 de uit 1975 daterende (en in 1992 ingrijpend gewijzigde) Richtlijn 75/129/EEG betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag.[36] Zij beoogt een gedeeltelijke harmonisatie van de nationale rechtsstelsels ten aanzien van de verplichtingen die op een werkgever rusten wanneer hij een collectief ontslag van werknemers overweegt. De Richtlijn doet geen afbreuk aan het *managerial prerogative* om tot reorganisatie van de onderneming over te gaan.[37] Zij schrijft slechts een aantal procedures voor. De werkgever wordt in de eerste plaats verplicht werknemersvertegenwoordigers te informeren over zijn voornemen en

[34] Art. 6 van Richtlijn 2001/23/EG kent wel een bijzondere regeling voor op liquidatie gerichte insolventieprocedures onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Uitgangspunt van dat artikel is het behoud van de positie en functie van werknemersvertegenwoordigers of -vertegenwoordiging bij een overgang. De lidstaten '*mogen*' volgens de bepaling de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de werknemers die in een faillissementssituatie overgaan, naar behoren worden vertegenwoordigd totdat er nieuwe werknemersvertegenwoordigers worden gekozen of aangewezen. Art. 6 van de Richtlijn blijft hierna verder buiten beschouwing.

[35] COM (94) 300, def, p. 12.

[36] Richtlijn van de Raad van 17 februari 1975, *PbEG* 1975, L 48/29, zoals gewijzigd door Richtlijn 92/56/EEG van 24 juni 1992, *PbEG* 1992, L 245/3. Zie over deze Richtlijn(en) uitgebreid: J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, diss. Leiden 2004, p. 31-93.

[37] Vgl. onder meer HvJ EG 12 februari 1985, *Jurispr*. 1985, p. 553 (*Nielsen & Søn*).

hen daarover te raadplegen.[38] Verder moet hij van elk plan voor een collectief ontslag schriftelijk kennis geven aan een bevoegde overheidsinstantie.

Art. 1 lid 1 onder a van Richtlijn 98/59/EG bepaalt dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een collectief ontslag, uitsluitend ontslagen om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer in beschouwing worden genomen. Vervolgens laat de richtlijnbepaling het aan de lidstaten om te kiezen voor een referentieperiode van dertig dagen of van negentig dagen. Wordt gekozen voor een periode van negentig dagen, dan is sprake van een collectief ontslag wanneer gedurende dat tijdvak ten minste twintig werknemers worden getroffen, ongeacht het aantal werknemers dat gewoonlijk in de 'plaatselijke eenheid' werkzaam is. Kiest de lidstaat voor een referentieperiode van dertig dagen, dan is niet alleen het aantal ontslagen, maar ook de omvang van het personeelsbestand van de vestiging relevant. In dat geval is sprake van een collectief ontslag wanneer het aantal ontslagen:

- ten minste tien werknemers treft in plaatselijke eenheden met gewoonlijk meer dan twintig, maar minder dan honderd werknemers;
- ten minste tien procent van het aantal werknemers treft in plaatselijke eenheden met gewoonlijk ten minste honderd, maar minder dan driehonderd werknemers;
- ten minste dertig werknemers treft in plaatselijke eenheden met gewoonlijk ten minste driehonderd werknemers.

Het begrip 'plaatselijke eenheid' (*establishment*) heeft een communautaire inhoud. Het wordt door het Hof van Justitie ruim uitgelegd. Een afzonderlijke eenheid met een zekere duurzaamheid en stabiliteit, die wordt ingezet voor de uitvoering van een of meer welomschreven taken en die beschikt over een groep werknemers alsmede over technische middelen en een zekere organisatiestructuur om die taken te kunnen verrichten, kan reeds een 'plaatselijke eenheid' in de zin van de Richtlijn vormen. Zij hoeft niet noodzakelijkerwijs op enige manier juridisch, economisch, financieel, administratief of technologisch zelfstandig te zijn om als zodanig te kunnen worden aangemerkt.[39]

Ook het begrip 'ontslagen' (*redundancies*) in art. 1 lid 1 van de Richtlijn wordt door het Hof van Justitie autonoom uitgelegd. Als zodanig geldt de wilsuiting van de werkgever gericht op het doen eindigen van de arbeidsovereenkomst, niet het moment waarop deze feitelijk eindigt.[40] Het begrip omvat alle vormen van beëindiging van het contract zonder instemming van de werknemer, en ziet dus ook op situaties waarin de beëindiging niet door de werkgever zelf plaatsvindt of een gevolg is van omstandigheden waarop de werkgever zelf geen invloed heeft.[41] Verder dient op grond van art. 1 lid 1 aanhef, onder b slot van de Richtlijn bij de beoordeling of sprake is van een collectief ontslag, elke beëindiging van de

[38] Onder vertegenwoordigers van de werknemers dienen ingevolge art. 1 lid 1 onder b van Richtlijn 98/59/EG te worden verstaan, de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wetgeving of het gebruik in de lidstaten.

[39] Zie HvJ EG 15 februari 2007, *JAR* 2007/73 (*Athinaïki Chartopoïïa*)). Zie voorts: HvJ EG 7 december 1995, *JAR* 1996/31 (*Rockfon*): Het begrip 'plaatselijke eenheid' duidt, naar gelang van de omstandigheden, op de eenheid waar de door het ontslag getroffen werknemers voor de uitoefening van hun taak zijn tewerkgesteld. Niet van wezenlijk belang is of de eenheid een directie heeft die zelfstandig kan overgaan tot collectief ontslag.

[40] Zie HvJ EG EG, 27 januari 2005, *JAR* 2005/52 (*Junk*).

[41] Zie HvJ EG 12 oktober 2004, *Jurispr.* I-9387 (*Commissie/Portugal*). De Portugese regeling die enkel zag op beëindiging door de werkgever en bijvoorbeeld niet op beëindiging door de curator van de failliete boedel, werd in strijd met Richtlijn 98/59/EG geacht. Art. 1 lid 2 van de Richtlijn bevat wel een uitzondering voor collectief ontslag in het kader van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of voor een bepaald werk, behalve wanneer dit ontslag plaatsvindt vóór het overeengekomen tijdstip.

arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer met ontslagen te worden gelijkgesteld, op voorwaarde dat het ontslag ten minste vijf werknemers treft.

De eerste versie van de Richtlijn bevatte nog een uitzondering voor werknemers die werden getroffen door het beëindigen van de werkzaamheden van een plaatselijke eenheid dat voortvloeide uit een rechterlijke beslissing (art. 1 lid 2 onder d Richtlijn 75/129/EEG). Deze algemene uitzonderingsclausule zag voornamelijk op insolventieprocedures.[42] Zij werd in 1992 geschrapt, omdat zij niet langer zinvol werd geacht. De Commissie zag niet in waarom de rechten van werknemers inzake voorlichting en raadpleging in zulke gevallen niet van toepassing zouden moeten zijn en wees er in dat verband op dat in diverse lidstaten (Frankrijk, Duitsland, Verenigd Koninkrijk, Spanje, Nederland, Portugal) de wetgeving in verband met de tenuitvoerlegging van de Richtlijn in deze gevallen al algemeen van toepassing was.[43] Wel werden in de gewijzigde Richtlijn uitzonderingen opgenomen in de voorschriften die betrekking hebben op de melding aan de overheid (zie hierna).

Het Hof van Justitie heeft het belang van inachtneming van de voorschriften van de Richtlijn, ook bij gerechtelijke procedures gericht op liquidatie van de rechtspersoon, in 2011 uitdrukkelijk bevestigd.[44]

II.3.2 Medezeggenschap bij collectief ontslag

Art. 2 van Richtlijn 98/59/EG bepaalt dat een werkgever die overweegt tot collectief ontslag over te gaan, verplicht is de vertegenwoordigers van de werknemers tijdig[45] te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen. Deze raadpleging moet ten minste betrekking hebben op de mogelijkheden om collectief ontslag te voorkomen of om de omvang ervan te verminderen, alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer bepaald om bij te dragen tot herplaatsing of omscholing van de ontslagen werknemers.

Teneinde de vertegenwoordigers van de werknemers in staat te stellen constructieve voorstellen te doen, is de werkgever verplicht hun tijdig in de loop van het overleg alle nuttige gegevens te verstrekken, en in elk geval schriftelijk mededeling te doen van:

- de redenen van het plan voor ontslag;
- het aantal en de categorieën van voor ontslag in aanmerking komende werknemers;
- het aantal en de categorieën werknemers die hij gewoonlijk in dienst heeft;
- de periode die voor het doen plaatsvinden van de ontslagen wordt overwogen;

[42] Vgl. K. Riesenhuber, *European Employment Law. A Systematic Exposition,* Ius Communitatis IV, Cambridge/ Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 541.
[43] Zie de toelichting van de Commissie van 13 november 1991 bij het oorspronkelijke voorstel voor een wijzigingsrichtlijn: COM(91) 292, def, p. 7.
[44] HvJ EU 3 maart 2011, *JAR* 2011/93 (*Claes e.a./Lansbanki*), m.nt. Peters
[45] Zie over het moment waarop de raadpleging (binnen concernverband) moet worden ingeleid: HvJ EG 10 september 2009, *JAR* 2009/252 (*Akavan/Fujitsu*).

- de criteria die aangelegd zouden worden bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers, voor zover de werkgever krachtens de nationale wetgevingen en/of gebruiken daartoe de bevoegdheid heeft gekregen;
- de wijze van berekening die zou worden toegepast voor elke eventuele afvloeiingsuitkering buiten die welke uit de nationale wetgevingen en/of gebruiken voortvloeit.

Een afschrift van de onder a. tot en met e. genoemde gegevens moet de werkgever aan de bevoegde overheidsinstantie doen toekomen. Deze verplichtingen gelden ongeacht of de beslissing betreffende het collectieve ontslag door de werkgever of door een over de werkgever zeggenschap uitoefenende onderneming wordt genomen.

Eerder werd al opgemerkt dat de verplichting tot informatieverschaffing aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers sinds 1998 ook geldt wanneer de rechter ontbinding en liquidatie van de plaatselijke eenheid gelast wegens insolvabiliteit. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de verplichting tot naleving in dat geval pas eindigt op de dag waarop de onderneming definitief haar rechtspersoonlijkheid verliest. Zolang de directie van de eenheid aanblijft, zelfs al is dat met beperkte beheersbevoegdheden, moet zij de verplichtingen die op de werkgever rusten nakomen. Wordt het beheer van de betrokken eenheid volledig overgenomen door een 'liquidateur', dan is deze tot nakoming gehouden. [46]

II.3.3 Melding aan de overheid

Art. 3 van Richtlijn 98/59/EG verplicht de werkgever van elk plan voor collectief ontslag schriftelijk kennis te geven aan een door het nationale recht aangewezen overheids-instantie. Deze kennisgeving moet alle nuttige gegevens bevatten betreffende het plan voor collectief ontslag en de raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers, met name de redenen van het ontslag, het aantal voor ontslag in aanmerking komende werknemers, het aantal werknemers dat gewoonlijk in dienst is en de periode die wordt overwogen voor het doen plaatsvinden van de ontslagen. De werkgever moet een afschrift van de kennisgeving doen toekomen aan de vertegenwoordigers van de werknemers, die hun eventuele opmerkingen aan de bevoegde overheidsinstantie kunnen richten.

Het collectieve ontslag mag op grond van art. 4 van de Richtlijn niet eerder ingaan dan dertig dagen na ontvangst van de hiervoor bedoelde kennisgeving, onverminderd de bepalingen betreffende de individuele rechten inzake de opzeggingstermijn. Deze termijn wordt door de bevoegde overheidsinstantie gebruikt om oplossingen te zoeken voor de problemen die uit het voorgenomen collectieve ontslag voortvloeien. De lidstaten kunnen de bevoegde overheidsinstantie de bevoegdheid verlenen om de dertig-dagentermijn te verkorten. Zij kunnen de bevoegde overheidsinstantie ook de bevoegdheid geven de termijn te verlengen tot maximaal zestig dagen na de kennisgeving, wanneer voor de uit het overwogen collectieve ontslag voortvloeiende problemen binnen de oorspronkelijke termijn geen oplossing dreigt te worden gevonden.

De arbeidsovereenkomst mag pas worden opgezegd na het einde van de raad-plegingsprocedure. De artikelen 3 en 4 van de Richtlijn staan er echter niet aan in de weg

[46] HvJ EU 3 maart 2011, *JAR* 2011/93 (*Claes e.a./Lansbanki*), m.nt. Peters

dat arbeidsovereenkomsten worden opgezegd tijdens de daarbij ingestelde procedure, op voorwaarde dat deze opzegging eerst plaatsvindt na de kennisgeving van het plan voor collectief ontslag aan de bevoegde overheidsinstantie.[47]

Art. 3 lid 1, tweede volzin, van Richtlijn 98/59/EG verklaart de lidstaten bevoegd te bepalen dat, wanneer een plan voor collectief ontslag verband houdt met de beëindiging van de werkzaamheden van de plaatselijke eenheid die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, de werkgever de bevoegde overheidsinstantie hiervan slechts op haar verzoek schriftelijk kennis dient te geven. Deze bevoegdheid zal vooral worden gebruikt voor faillissements- en andere op liquidatie gerichte insolventieprocedures. De lidstaten kunnen voor die gevallen ook de wachttijd van dertig dagen uitschakelen (art. 4 lid 4 Richtlijn 98/59/EG).

De uitzonderingen worden door het Hof van Justitie strikt uitgelegd. Zo houdt het Hof er streng de hand aan dat de beëindiging van de werkzaamheden van het bedrijf en het collectieve ontslag pas hebben plaatsgevonden nadat de uitspraak van de rechterlijke beslissing is gedaan. De uitzonderingen gelden derhalve niet voor een collectief ontslag dat is gegeven op de dag waarop de werkgever de aangifte tot faillietverklaring heeft gedaan en de werkzaamheden van zijn bedrijf heeft beëindigd, wanneer de bevoegde rechter pas nadien de verlangde faillietverklaring uitspreekt, zelfs wanneer sommige rechtsgevolgen ingaan op de datum waarop de aangifte is gedaan.[48]

II.4 Richtlijn 2008/94/EG: de Insolventierichtlijn

II.4.1 Toepassingsbereik

Richtlijn 2008/94/EG beoogt werknemers een minimum aan bescherming te bieden door de lidstaten te verplichten tot instelling van een waarborgfonds dat (tot op zekere hoogte) de onvervulde aanspraken van werknemers honoreert die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met een werkgever die in een staat van insolventie verkeert.[49] Deze Richtlijn verving in 2008 de eerste, in 2002 gewijzigde, Richtlijn uit 1980 over dit onderwerp, Richtlijn 80/987/EEG.[50]

Voor de toepassing van Richtlijn 2008/94/EG wordt een werkgever geacht in staat van insolventie te verkeren:

1. wanneer om opening is verzocht van een in het nationale recht neergelegde collectieve procedure die ertoe leidt dat de werkgever het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator (of een persoon met een vergelijkbare functie) wordt aangewezen, en
2. wanneer de bevoegde autoriteit heeft besloten tot opening van de procedure (of heeft geconstateerd dat het bedrijf van de werkgever definitief is gesloten, en dat

[47] HvJ EG 27 januari 2005, *JAR* 2005/52 (*Junk*).
[48] HvJ EG 17 december 1998, *Jurispr.* 1998, p. I-8737 (*Lauge e.a./Lønmodtagernes garantifondi*).
[49] Voor de begrippen ‘werknemer’ en ‘werkgever’ verwijst de Richtlijn naar de definities in het nationale recht (art. 2 lid 2). Deeltijdwerkers, bepaaldetijders en uitzendkrachten mogen echter niet worden uitgesloten (art. 2 lid 2 onder a, b en c). Voorts is het niet toegestaan de voordelen van de Richtlijn te laten afhangen van een minimale duur van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding (art. 2 lid 3).
[50] Richtlijn van 20 oktober 1980, *PbEG* 1980, L 283/23, zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/74/EG, *PbEG* 2002, L 270/10.

het beschikbare vermogen ontoereikend is om opening van de procedure te rechtvaardigen).

Deze ruime, in art. 2 lid 1 van de Richtlijn neergelegde definitie van het begrip 'insolventie' werd in 2002 geïntroduceerd en is gebaseerd op de definitie die we aantreffen in art. 1 lid 1 van Insolventieverordening 1346/2000.[51] De werkingssfeer van de Richtlijn komt, enkele uitzonderingen daargelaten, overeen met die van de Verordening.[52] Zij omvat zowel op liquidatie gerichte (faillissements)procedures als andere insolventieprocedures. De lidstaten zijn op grond van art. 2 lid 4 van de Richtlijn bevoegd de bescherming van werknemers uit te breiden tot andere situaties van insolventie, zoals feitelijke blijvende stopzetting van betalingen.

II.4.2 Honorering van onvervulde aanspraken

Art. 3 is de kernbepaling van Richtlijn 2008/94/EG. Op grond daarvan dienen de lidstaten de nodige maatregelen te treffen opdat een waarborgfonds de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreert die voortvloeien uit hun arbeidsrelatie met een insolvente werkgever. De aanspraken van de werknemer die het waarborgfonds dient over te nemen, betreffen de onbetaalde lonen over een periode vóór en/of, in voorkomend geval, na een door de lidstaten vastgestelde datum.[53] Wat onder loon wordt verstaan, is aan de lidstaten (art. 2 lid 2).[54] Zij kunnen daaronder ook een door de werkgever verschuldigde ontslagvergoeding begrijpen. Gelet op de strekking van de Richtlijn is voor honorering een band vereist tussen de insolventie van de werkgever en de onvervulde loonaanspraken.[55]

Art. 4 van Richtlijn 2008/94/EG staat de lidstaten toe de aanspraken jegens het waarborgfonds te beperken in duur en/of omvang.[56] Het tijdvak waarover de onvervulde aanspraken moeten worden gehonoreerd, mag in beginsel echter niet korter zijn dan drie maanden. De lidstaten kunnen vaststellen dat deze drie maanden in een referentieperiode van ten minste zes maanden moeten vallen. Wordt een referentieperiode van minimaal achttien maanden gehanteerd, dan mogen zij het overnemingstijdvak beperken tot acht weken. In dat geval moeten voor de berekening van de minimumperiode de voor de werknemer wel de meest gunstige perioden in aanmerking worden genomen (art. 4 lid 2).

[51] Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement van 22 februari 2002, SEC/2002/0200 def. - COD 2001/0006.
[52] Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2011, COM (2011) 84 def, p. 4.
[53] Onder de eerste versie van de Richtlijn konden de lidstaten kiezen uit drie mogelijke tijdstippen om het begin te markeren van de referentieperiode waarin de overnemingsperiode moest vallen. Die drie data waren: a. de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever; b. de datum van de aanzegging van het ontslag van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever, of c. de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever of die van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever (art. 3 lid 2 Richtlijn 80/987/EEG). Sinds de wijziging van de Richtlijn in 2002 zijn de lidstaten vrij zelf een datum- en referentieperiode vast te stellen.
[54] Omdat daarmee wordt vastgelegd wat de communautaire waarborg minimaal inhoudt, wordt het begrip 'onvervulde aanspraken' in art. 3 en art. 4 van de Richtlijn door het Hof van Justitie wel eenvormig uitgelegd, opdat de (gedeeltelijke) harmonisatie die binnen de Unie wordt nagestreefd, niet van haar effect wordt beroofd: zie onder meer HvJ EG 14 juli 1997, *JAR* 1998/229 (*Regeling*).
[55] Zie onder meer HvJ EU 28 november 2013, *JAR* 2014/18 (*Gomes Viana Novo*), m.nt. Van der Pijl.
[56] Art. 5 van Richtlijn 2008/94/EG bevat nadere eisen voor de organisatie, financiering en werking van de waarborgfondsen.

De lidstaten zijn gerechtigd plafonds vast te stellen voor de betalingen door het waarborgfonds (art. 4 lid 3). Deze plafonds mogen evenwel niet lager zijn dan een minimum dat verenigbaar is met het sociale doel van de Richtlijn. Indien een lidstaat gebruik maakt van deze bevoegdheid, dient zij aan de Commissie mee te delen welke methoden zij hanteert om het plafond vast te stellen. Deze stelt zich op het standpunt dat het sociale doel van de Richtlijn zich ertegen verzet de waarborgbetalingen in feite gelijk te stellen aan bijstandsuitkeringen of aan het wettelijk minimumloon.[57]

> *Uit een verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering en toepassing van een aantal bepalingen van richtlijn 2008/94 uit 2011 blijkt dat, behalve België, Frankrijk en vier andere, alle lidstaten gebruik hebben gemaakt van de bevoegdheid om hun betalingsverplichting in de tijd te beperken. Duitsland en twaalf andere lidstaten hebben gekozen voor een maximumperiode van drie maanden. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland beloopt de maximumperiode acht weken, op Cyprus dertien weken, in Spanje duurt zij 150 dagen, in Luxemburg en Portugal zes maanden en in Zweden acht maanden. In Nederland is de overnemingsperiode als regel beperkt tot negentien weken. Alle lidstaten, behalve Nederland, hanteren een plafond. De methoden om dat plafond te berekenen lopen aanzienlijk uiteen.*
>
> COM(2011) 84 def, p. 5-6

Op grond van art. 12 doet de Richtlijn geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten

a. om de nodige maatregelen te treffen met het oog op het voorkomen van misbruiken;
b. om honorering van de aanspraken van werknemers te weigeren of te beperken wegens het bestaan van speciale banden tussen werkgever en werknemer en van gemeenschappelijke belangen die hun beslag hebben gekregen in 'bedrieglijke samenheuling' tussen hen;
c. om honorering van de aanspraken van werknemers te weigeren of te beperken, indien een werknemer in eigen persoon of samen met nauwe verwanten eigenaar was van een essentieel deel van de onderneming of de vestiging van de werkgever en aanzienlijke invloed had op de activiteiten ervan.[58]

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de toegestane beperkingen op de aanspraken van werknemers limitatief in de insolventierichtlijn zijn opgesomd en dat art. 12 van de Richtlijn als uitzondering op de algemene regel restrictief dient te worden uitgelegd. Deze uitleg moet bovendien overeenstemmen met het sociale doel van de insolventierichtlijn.[59] Met de in artikel 12 van de Richtlijn bedoelde 'misbruiken' zijn

---

[57] Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2011, COM(2011) 84, def, p. 6, en eerder Verslag van de Commissie van 15 juni 1995, COM(95) 164, def, p. 32.

[58] De eerste twee uitzonderingen waren reeds opgenomen in art. 10 van de eerste versie van Richtlijn 80/987/EEG. Onderdeel c werd daaraan in 2002 toegevoegd.

[59] Zie onder meer HvJ EG 14 juli 1997, *JAR* 1998/229 (*Regeling*); HvJ EU 17 november 2011, *USZ* 2012/17, m.nt. Van der Mei (*Van Ardennen*); HvJ EU 5 november 2014, *JAR* 2014/302 (*Tümer*). De Richtlijn verzet zich echter niet tegen toepassing van bepaalde verval- of verjaringstermijnen; zie HvJ EG 18 september 2003, Jurispr. I-9375 (*Pflücke*) en HvJ EG 16 juli 2009, *Jurispr*. I-6741 (Visciano)).

volgens het Hof onrechtmatige praktijken bedoeld die de waarborgfondsen schade berokkenen door een salarisaanspraak te fingeren en die voor de waarborgfondsen onrechtmatig een betalingsverplichting doen ontstaan. De maatregelen die de lidstaten op grond van art. 12, aanhef en onder a, mogen nemen, moeten dus nodig zijn om dergelijke praktijken te voorkomen. Dat een werknemer het niet de moeite vindt om te proberen van zijn werkgever de honorering van een aanspraak te verkrijgen waaraan deze niet lijkt te kunnen voldoen, kwalificeert niet als ‘misbruik’.[60]

De Richtlijn bevat, naast de verplichte instelling van een waarborgfonds, tevens bepalingen inzake (de gevolgen van het achterwege blijven van premiebetaling voor) de wettelijke en aanvullende sociale zekerheid en de bescherming van (verkregen rechten en rechten in wording op) aanvullende oudedags- en nabestaandenuitkeringen van (oud-)werknemers (art. 6 tot en met art. 8).[61] Ten slotte is daarin ook een regeling opgenomen voor de aanwijzing van het bevoegde waarborgfonds in grensoverschrijdende situaties (art. 9 en art. 10).

II.5 Richtlijn 2002/14/EG: informatie en raadpleging

II.5.1 Achtergrond

De Europese Unie is zich in de loop der tijd steeds meer gaan bezighouden met het bevorderen van de dialoog tussen werkgever en werknemers(vertegenwoordigers). De sociale dialoog kan de flexibiliteit van de organisatie van het werk bevorderen, de bewustmaking van werknemers ten aanzien van de noodzaak van aanpassingen stimuleren, hun betrokkenheid bij de plannen voor de toekomst voor de onderneming bevorderen en het concurrentievermogen van die onderneming verbeteren. Het bevorderen van en intensiveren van informatie en raadpleging wordt in het bijzonder van belang geacht met betrekking tot (de ontwikkeling van) de werkgelegenheid, alsmede – wanneer de evaluatie van de werkgever wijst op een mogelijke bedreiging van de werkgelegenheid in de onderneming – over voorgenomen anticiperende maatregelen, zulks teneinde de negatieve effecten af te wenden of te verzachten, en de inzetbaarheid en het aanpassingsvermogen van de bedreigde werknemers te verbeteren. Tijdige informatie en raadpleging wordt als een noodzakelijke voorwaarde beschouwd voor het welslagen van de herstructurering en aanpassing van ondernemingen aan de nieuwe omstandigheden die het gevolg zijn van de mondialisering van de economie.[62] Het belang van medezeggenschap wordt ook erkend in het EU Handvest van de Grondrechten. Art. 27 bepaalt dat werknemers en hun vertegenwoordigers in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid moeten hebben, dat zij op passende niveaus tijdig worden geïnformeerd en geraadpleegd.

[60] HvJ EG van 11 september 2003, *Jurispr*. I-8827 (*Walcher*).
[61] Art. 6 tot en met art. 8 Richtlijn 2008/94/EG.
[62] Zie pt. 7 tot en met 9 van de Preambule bij Richtlijn 2002/14/EG.

II.5.2 Doel en beginselen

Richtlijn 2002/14/EG heeft als doel minimumvoorschriften vast te stellen voor de informatieverschaffing aan en raadpleging van werknemers en hun vertegenwoordigers. De Richtlijn stuitte aanvankelijk vooral in het Verenigd Koninkrijk op veel oppositie. Een fenomeen als de ondernemingsraad was daar onbekend. Men beschouwde de Richtlijn als een bedreiging voor het eigen stelsel van collectief onderhandelen met door de werkgever erkende vakorganisaties. Dit verzet heeft ertoe geleid dat de Richtlijn veel ruimte laat aan de lidstaten om daaraan overeenkomstig de nationale praktijken op het gebied van sociaal overleg invulling te geven (zie ook art. 1 lid 2).[63] De Richtlijn doet overigens geen afbreuk aan de specifieke procedures voor informatie en raadpleging bedoeld in artikel 2 van Richtlijn 98/59/EG en in artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG (zie art. 9 lid 1 Richtlijn 2002/14/EG).

Lidstaten kunnen op grond van art. 3 van de Richtlijn de daarin neergelegde bepalingen toepassen op, naar keuze ondernemingen die in een lidstaat ten minste vijftig werknemers in dienst hebben, of vestigingen die in een lidstaat ten minste twintig werknemers in dienst hebben. Zij bepalen bovendien zelf op welke wijze deze minimumaantallen worden berekend. Kern van de Richtlijn is art. 4. Op grond van dit artikel moeten de lidstaten in het nationale recht vastleggen hoe het recht op informatie en raadpleging op het passende niveau wordt uitgeoefend. Het gaat daarbij om:

a. informatie[64] over de recente en de waarschijnlijke ontwikkeling van de activiteiten en de economische situatie van de onderneming of vestiging;
b. informatie en raadpleging[65] over de situatie, de structuur en de waarschijnlijke ontwikkeling van de werkgelegenheid binnen de onderneming of vestiging, alsmede over eventuele geplande anticiperende maatregelen met name in geval van bedreiging van de werkgelegenheid;
c. informatie en raadpleging over beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen, met inbegrip van die welke vallen onder de eerder genoemde bepalingen uit de richtlijnen betreffende collectief ontslag en overgang van onderneming.

De raadpleging dient te geschieden op een tijdstip, met middelen en met een inhoud die passend zijn en op zodanige wijze, dat de werknemersvertegenwoordigers met de werkgever kunnen samenkomen en een met redenen omkleed antwoord op hun advies kunnen krijgen. De raadpleging, bedoeld onder c, dient plaats te vinden met het doel een akkoord te bereiken.

Op grond van art. 5 van de Richtlijn kunnen de lidstaten het overlaten aan de sociale partners om op het passende niveau, met inbegrip van het niveau van onderneming of vestiging, vrijelijk en te allen tijde via onderhandelingen de nadere regelingen voor informatie en raadpleging van de werknemers in een akkoord vast te leggen. Deze

[63] C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford European Union Law Library 2012, p. 686.
[64] Onder 'informatie' dient op grond van art. 2 aanhef en onder f van de Richtlijn te worden verstaan: het verstrekken van gegevens door de werkgever aan de werknemersvertegenwoordigers, opdat zij kennis kunnen nemen van het onderwerp en het kunnen bestuderen.
[65] Onder 'raadpleging' dient op grond van art. 2 aanhef en onder g van de Richtlijn te worden verstaan: de gedachtewisseling en de totstandbrenging van een dialoog tussen de werknemersvertegenwoordigers en de werkgever.

akkoorden kunnen bepalingen bevatten die tot op zekere hoogte afwijken van de art. 4 van de Richtlijn.

Art. 6 van de Richtlijn regelt een geheimhoudingsplicht voor de werknemersvertegenwoordigers en de deskundigen die hen bijstaan met betrekking tot de informatie die hun in het legitieme belang van de onderneming als vertrouwelijk is verstrekt. Verder kunnen de lidstaten op grond van dit artikel bepalen dat de werkgever in specifieke gevallen en met inachtneming van de voorwaarden en beperkingen van de nationale wetgeving niet tot informatie of raadpleging gehouden is, wanneer die informatie of raadpleging volgens objectieve criteria de onderneming of vestiging ernstig in haar functioneren zou belemmeren, dan wel zou schaden. De lidstaten dienen er ingevolge art. 7 van de Richtlijn op toe te zien dat de werknemersvertegenwoordigers bij de uitoefening van hun functie voldoende bescherming en waarborgen genieten om de taken die hun zijn toevertrouwd naar behoren te kunnen vervullen.

Richtlijn 2002/14/EG kent geen uitzondering voor insolventieprocedures.

III. De rechtspositie van de individuele werknemer

III.1 Algemeen

De Faillissementswet (Fw) kent van oudsher een eigen regeling voor de gevolgen van een faillissement van de werkgever voor de arbeidsovereenkomst van diens werknemers, neergelegd in art. 40 Fw. Voor de situatie waarin aan de werkgever (voorlopige) surseance van betaling is verleend, is een vergelijkbare bepaling te vinden in art. 239 Fw. Beide artikelen regelen dat het loon en de met de arbeidsovereenkomsten samenhangende premieschulden vanaf de dag van faillietverklaring respectievelijk surseanceverlening boedelschuld zijn en bevatten bepalingen over de opzegging van arbeidsovereenkomsten. Hierna wordt dieper op deze twee wetartikelen ingegaan. Daarna staan wij stil bij de gevolgen van het faillissement van de werkgever voor het door hem met de werknemer overeengekomen concurrentiebeding.

III.2 Loon- en nevenvorderingen

Loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden zijn op grond van art. 40 lid 2 respectievelijk art. 239 lid 3 Fw vanaf de dag van de faillietverklaring c.q. de datum van verlening van voorlopige surseance een (preferente) boedelschuld. Dat wil zeggen dat deze ten laste komen van de curator q.q. en door hem onmiddellijk uit de boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie nodig is. Zij dienen derhalve te worden voldaan voordat de faillissementsschulden aan bod komen. Gaat het om een negatieve boedel, dan vissen echter ook de boedelcrediteuren achter het net. Veelal treft dit lot niet de werknemers, omdat de betalingsverplichtingen van de werkgever worden overgenomen door het UWV (zie daarover § III.4).

Onder ‘premieschulden’ vallen zowel sociale-zekerheidspremies als pensioenpremies.[66] Onder ‘loon’ dient in de Fw hetzelfde te worden verstaan als in het BW. Daaronder wordt begrepen al hetgeen de werkgever aan de werknemer verschuldigd is als tegenprestatie voor de door deze te verrichten arbeid. Tot het loon behoort derhalve ook de aanspraak van de werknemer op uitbetaling van de niet opgenomen vakantiedagen, wanneer de curator de arbeidsovereenkomst na de faillietverklaring opzegt. Aanspraak op die uitkering ontstaat, ongeacht of deze betrekking heeft op vakantieaanspraken opgebouwd vóór de dag der faillietverklaring dan wel op nadien opgebouwde aanspraken, eerst bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Volgens de Hoge Raad is zij daarom niet slechts boedelschuld voor zover zij betrekking heeft op vakantieaanspraken opgebouwd vanaf die dag, maar in haar geheel.[67]

---

[66] P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 49.

[67] HR 3 december 1999, *JAR* 2000/62. In het verleden oordeelde de Hoge Raad vergelijkbaar ten aanzien van de verplichting van de werkgever tot tijdsevenredige affinanciering van de backservice bij opzegging door de curator: HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 (*Frima/Blankers*), m.nt. Klein. Met zijn arrest van 19 april 2013, *NJ* 2013, 291 (*Koot/Tideman q.q.*), m.nt. Verstijlen is de raad uitdrukkelijk op het in dat arrest verwoorde ‘toedoencriterium’ teruggekomen. Volgens B.J. Tideman & R.P.R. Nolten, Vordering tot vergoeding van niet-genoten vakantiedagen van door de curator ontslagen werknemers: boedelschuld of toch niet?, *TvI* 2013/43 betekent dat niet dat de Hoge Raad ook zijn standpunt ten aanzien van de uitbetaling van niet-opgenomen vakantiedagen heeft verlaten.

Het loon en andere geldvorderingen van de werknemer op de werkgever, zoals onkostenvergoedingen die betrekking hebben op de periode vóór de insolventverklaring leveren een preferente faillissementsvordering op (art. 3:288 aanhef, onder e, BW). Dit voorrecht geldt alleen voor de vorderingen van de werknemer die betrekking hebben op het lopende en voorafgaande kalenderjaar. Zien de vorderingen op een eerder tijdvak dan zijn zij slechts concurrent. [68]

III.3 Ontslag

III.3.1 Opzegging na faillissement: algemeen

Op grond van art. 40 lid 1 van de Fw kunnen werknemers in dienst van de gefailleerde en de curator de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen. Voor beide partijen geldt evenwel dat de arbeidsovereenkomst 'in elk geval' kan worden beëindigd door opzegging met een termijn van zes weken.[69] Het in art. 7:672 lid 1 BW neergelegde voorschrift, dat opzegging in beginsel tegen het einde van de maand dient plaats te vinden, geldt niet indien daardoor de zes-wekentermijn wordt overschreden.[70] Verder kunnen op grond van art. 40 Fw ook bepaalde-tijdcontracten zonder tussentijdse-opzeggingsbeding met inachtneming van een termijn van maximaal zes weken regelmatig worden opgezegd.

Veelal wordt aangenomen dat art. 40 Fw ook geldt wanneer de curator de onderneming voortzet en pas geruime tijd later gebruik maakt van zijn ontslagbevoegdheid.[71] Het artikel wordt meestal niet van toepassing geacht op de arbeidsovereenkomsten van werknemers die de curator na de faillietverklaring in dienst neemt. Voor hen geldt het reguliere ontslagrecht.[72]

Indien de opzegging geschiedt ten gevolge van faillissement van de werkgever, heeft de curator geen toestemming nodig van het UWV. Dit is uitdrukkelijk bepaald in art. 6 lid 2, aanhef en onder c, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Het vergunningvereiste werd voor deze situatie per 1 januari 1989 afgeschaft.[73] Het miste

[68] Voorrechten ontstaan alleen uit de wet (art. 3:278 lid 2 BW). Vorderingen van de werknemer gebaseerd op een zogeheten 'art. 2:403-verklaring' zijn niet bevoorrecht. Zie HR 11 april 2014, *JOR* 2014/199 m.nt. van Dooren.

[69] Tot 1 januari 1999 golden voor werknemers van 45 jaar en ouder verlengde termijnen, die ook door de curator in acht moesten worden genomen. Deze verlengde termijnen zijn door de Wet Flexibiliteit en zekerheid komen te vervallen. Voor zover zij op genoemde datum een langere dan de wettelijke termijn opleverden dan het thans geldende recht, is die langere termijn (ook voor de curator) blijven gelden voor het personeel dat op die dag reeds in dienst was van de betreffende werkgever. Zie art. XXI van de Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300. Vgl. CRvB 27 april 2005, *RSV* 2005/186.

[70] HR 22 mei 1970, *NJ* 1970, 419.

[71] Rb. Utrecht 29 opktober 1997, *JOR* 1998/13, m.nt. Loesberg; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 344; P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 21.

[72] P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 21; E. Loesberg, De failliete werkgever en zijn werknemers, *FIP* 2014(8) 365. Anders E. Loesberg, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?,* INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 27-28.

[73] Wet van 1 december 1988, *Stb* 1988, 573. Dat daarvóór ook de curator een ontslagvergunning nodig had, blijkt uit: HR 13 februari 1951, *NJ* 1951, 371.

daarvoor al praktische betekenis. De curator kreeg altijd toestemming.[74] Opheffing van het ontslagverbod maakte een einde aan overbodig geachte administratieve belasting. [75]

Omstreden is of de curator een ontslagvergunning nodig heeft wanneer hij opzegt op gronden die niet samenhangen met het faillissement, zoals disfunctioneren. Sommigen wijzen erop dat art. 6 lid 2 BBA slechts de opzegging 'ten gevolge van' het faillissement uitzondert.[76] Anderen leggen de uitzondering ruim uit, ook om discussie over de vraag op welke grond de curator opzegt, te vermijden.[77]

Een werknemer heeft, net als iedere andere belanghebbende, het recht van verzet tegen de faillietverklaring. Dit verzet dient hij binnen acht dagen na de uitspraak in te stellen (art. 10 Fw). Gronden voor het verzet kunnen zijn dat geen sprake is van de situatie dat de werkgever in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, of dat sprake is van misbruik van de bevoegdheid het eigen faillissement aan te vragen. Wordt het verzet gegrond geacht, dan zal het faillissement worden vernietigd. De opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator wordt in dat geval op grond van art. 13a Fw met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement. De werknemer kan zich in dat geval derhalve alsnog beroepen op de vernietigingsgrond van art. 9 BBA. De vervaltermijn van zes maanden, neergelegd in het derde lid van laatstgenoemde bepaling, vangt pas aan op het tijdstip waarop het faillissement wordt vernietigd. Zie over art. 13a Fw verder § IV.3.

Ingaande 1 juli 2015 vervalt art. 6 BBA. Dit is een gevolg van de Wet werk en zekerheid.[78] In deze wet was tevens een wijziging van art. 40 Fw voorzien. Een nieuw vierde lid zonderde art. 7:669 en art. 7:671a (nieuw) BW uitdrukkelijk uit voor de opzegging door de curator. Art. 7:669 (nieuw) vereist een redelijke grond voor de opzegging door de werkgever. Voorts is opzegging op grond van deze bepaling slechts geoorloofd wanneer herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Art. 7:671a (nieuw) betreft het vereiste van voorafgaande toestemming van het UWV bij opzegging door de werkgever wegens bedrijfseconomische redenen of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Opmerkelijk is dat de aanpassing van de Fw bij de Verzamelwet SZW 2015 weer ongedaan is gemaakt.[79] Daarmee beoogt de wetgever geen inhoudelijke wijziging. Het achterwege laten van een expliciete uitzondering wordt gemotiveerd met een verwijzing naar art. 13a Fw. Uit dat artikel blijkt naar het oordeel van de regering voldoende dat een opzegging door de curator niet wordt beheerst door de normale regels van het ontslagrecht. Het daarnaast apart niet van toepassing verklaren van enkele artikelen van Boek 7 van het BW in het vierde lid van artikel 40 van de Fw zou slechts tot verwarring leiden.[80]

---

[74] Dit hing samen met HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 269, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een redelijke uitoefening van de in art. 6 lid 1 neergelegde bevoegdheid meebracht dat bij de beoordeling van het toestemmingsverzoek van de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging moest worden uitgegaan.

[75] *Kamerstukken II* 1986/87, 19 810, nr. 3, p. 2.

[76] R.M. Beltzer & J. van der Pijl, in: Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, 3[de] druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 213.

[77] Zie onder meer E. Loesberg, De failliete werkgever en zijn werknemers, *FIP* 2014(8) 365.

[78] Wet van 14 juni 2014, *Stb*. 2014, 216.

[79] Wet van 26 november 2014, *Stb.* 2014, 504.

[80] *Kamerstukken II* 2014/15, 33 988, nr. 21, p. 2-3.

III.2.1 Opzegging na faillissement: machtiging van de rechter-commissaris

De curator heeft op grond van art. 68 lid 2 Fw machtiging nodig van de rechter-commissaris om de arbeidsovereenkomst van personeel in dienst van de gefailleerde op te kunnen zeggen. Deze machtiging wordt in de praktijk gemakkelijk en snel verleend.[81] Tegen de verlening is gedurende vijf dagen hoger beroep op de rechtbank mogelijk (art. 67 lid 1 Fw).

Per 1 juli 2002 is in het kader van de aanpassing van de Nederlandse wetgeving met het oog op de in Richtlijn 98/50/EG neergelegde verplichting om de nodige maatregelen te treffen tegen misbruik van insolventieprocedures met het doel om werknemers van hun rechten te beroven (zie § II.2.3) aan art. 67 en art. 72 Fw een tweede lid toegevoegd. Art. 67 lid 2 ziet op de situatie waarin de werknemer wil opkomen tegen een door de rechter-commissaris gegeven machtiging om de arbeidsovereenkomst op te zeggen; art. 72 lid 2 betreft het geval dat de curator heeft verzuimd machtiging te vragen.

Op grond van art. 67 lid 2 Fw vangt de termijn van vijf dagen waarbinnen hoger beroep kan worden ingesteld aan op de dag dat de werknemer van de machtiging kennis heeft kunnen nemen. De curator moet de werknemer bij de opzegging wijzen op de mogelijkheid van beroep en op de termijn die daarbij in acht moet worden genomen. Laat hij dat na, dan is de opzegging vernietigbaar. De werknemer kan zich gedurende veertien dagen na de opzegging op deze vernietigbaarheid beroepen. Is de machtiging wel verkregen, dan belet een geslaagd beroep op de vernietigbaarheid de curator echter niet om terstond opnieuw op te zeggen.[82] Ontbreekt een machtiging van de rechter-commissaris, dan is de opzegging op grond van art. 72 lid 2 Fw eveneens vernietigbaar.[83] Daarnaast is de curator in dat geval jegens de gefailleerde en de werknemer aansprakelijk. Ook hier is de termijn om een beroep te doen op de vernietigbaarheid vijf dagen, te rekenen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is opgezegd.

Aan het nut van de beroepsmogelijkheid wordt ernstig getwijfeld.[84] Omdat de faillissementsprocedure primair gericht is op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het loon vanaf de dag van de faillietverklaring boedelschuld is, zal een onverwijlde opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator vrijwel steeds in de rede liggen.[85] Als er al sprake is van misbruik, dan zullen de curator en de rechter-commissaris daarmee op het moment van het verlenen van de machtiging als regel nog niet bekend kunnen zijn.[86] Het beroep heeft derhalve nauwelijks kans van slagen.

---

[81] Zie o.a. P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 23.

[82] W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 344.

[83] De termijn om een beroep op die vernietigbaarheid te doen (vijf dagen), zal op dat moment echter verstreken zijn. J.M. Rommers & M.C. van Oostveen, Artikel 67 lid 2 en 72 lid 2 Fw: wie volgt het nog?, *TvI* 2003, p. 283. Rb. Almelo 5 juli 2005 en Ktr. Almelo 7 november 2005, *JOR* 2006/26, oordeelden evenwel dat na een vernietiging van de machtiging geen vernietiging van de opzegging meer nodig was.

[84] A.P.K. Luttikhuis, De gewijzigde hogerberoepsprocedure ex art. 67 lid 2 Fw: werknemer dubbel de klos, *TvI* 2003, p. 103. Zie ook Commissie Insolventierecht, *Toelichting voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 92, die de bepalingen 'in de praktijk omslachtig en nauwelijks effectief' noemt. A.T.J.M. Jacobs, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 225 vindt deze stellingname onvoldoende onderbouwd.

[85] De curator heeft ter zake bovendien een ruime beleidsvrijheid. Zie Rb. Noord-Nederland 4 april 2013, *JAR* 2013/136, m.nt. Van der Pijl.

[86] Nog daargelaten dat men zich kan afvragen of de procedure van art. 67 lid 2 Fw zich wel voor een onderzoek naar misbruik leent. Ontkennend: Rb. 's-Gravenhage 24 april 2003, *JOR* 2003/214, m.nt. Loesberg. Zie ook P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 25.

III.2.3 Opzegging na faillissement: bijzondere opzegverboden

Over de vraag of de bijzondere (civielrechtelijke) ontslagverboden van toepassing zijn op de opzegging van de arbeidsovereenkomsten bestaat discussie. Bij de invoering van de eerste opzegverboden in het BW in 1954 verklaarde de regering dat 'de curator in ieder geval moet kunnen opzeggen op de thans in de wet voorkomende termijn van ten hoogste zes weken, ook in geval van ziekte of militaire dienst van de arbeider'. De minister voegde daar nog aan toe: 'Door de woorden "in elk geval" in art. 40 Fw is duidelijk dat deze bepaling afwijkt van de bepalingen omtrent opzegging in het BW.'[87]

Vraag is hoeveel waarde nog aan deze opmerkingen moet worden gehecht. Destijds waren de opzegverboden nog niet voorzien van een nietigheidssanctie. Schending maakte de werkgever schadeplichtig. Het ging in die tijd bovendien om twee zogenoemde 'tijdens-verboden'.[88] In wezen verschilde de situatie in die gevallen niet van die waarin de werknemer een tussentijds niet-opzegbaar bepaalde-tijdcontract had.[89] Inmiddels zijn de opzegverboden voorzien van een nietigheidssanctie en zijn diverse 'wegens-verboden' geïntroduceerd.[90] Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering op het toestemmingsvereiste zag de regering echter ook in 1988 nog geen aanleiding anders over de toepasselijkheid van de bijzondere opzegverboden te oordelen.[91]

Diverse schrijvers verdedigen intussen het standpunt dat de opzegverboden in beginsel wel van toepassing zijn op de opzegging door de curator. De wet kent slechts één bepaling waarin een opzegverbod bij een opzegging na faillissement buiten toepassing wordt verklaard. Dat is art. 7:666 BW, op grond waarvan het opzegverbod wegens overgang van onderneming is uitgezonderd (zie daarover § IV.1). Voor de overige opzegverboden nemen deze schrijvers aan, dat de curator zich eventueel kan beroepen op art. 7:670b lid 2 BW.[92] Deze bepaling zondert de opzegverboden van art. 7:670 en 7:670a BW uit voor het geval dat de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, ongeacht of sprake is van een insolventieprocedure. Deze uitzondering doet zich echter niet voor wanneer de curator de exploitatie van de onderneming voortzet, of sprake is van een bedrijfsovername.

---

[87] *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 36. Deze stellingname is herhaald *Kamerstukken II* 1967/68, 9010, nr. 5, p. 3. Zie daarover ook L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement,* Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 5, Alphen aan den Rijn: Samsom 1981, p. 57.

[88] Tijdens-verboden verbieden opzegging gedurende een bepaalde periode. Zij zijn in het BW opgenomen in art. 7:670 lid 1 tot en met lid 4 en art. 7:670a (na 1 juli 2015: art. 7:670 lid 10) BW en art. 108 Pensioenwet

[89] Vgl. A.M. Luttmer-Kat, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 8.

[90] Wegens-verboden verbieden een opzegging op bepaalde gronden. Dergelijke verboden zijn opgenomen in art. 7:670 lid 5 tot en met 9 BW, de gelijke-behandelingswetgeving en art. 3 van de Wet aanpassing arbeidsduur.

[91] *Kamerstukken II* 1987/88, 19 810, nr. 5, p. 6 ('In geval van faillissement kan de curator ingevolge de Fw de dienstbetrekking opzeggen. De civielrechtelijke opzegverboden zijn niet van toepassing.')

[92] Zie o.a. A.T.J.M. Jacobs, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 226; B. Wessels, Doorstart en personeel, *WPNR* 2009 (6795), p. 318; R.M. Beltzer & J. van der Pijl, in: Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, 3de druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 214. Ook Rb. Zutphen 12 juli 1984, *NJ* 1986, 565 achtte het opzegverbod voor OR-leden van toepassing.

Anderen blijven de opvatting verdedigen dat de toepasselijkheid van de 'tijdens-verboden' zich niet verdraagt met de vereffeningstaak van de curator.[93] Ten aanzien van de wegens-verboden – en in het bijzonder de discriminatieverboden – wordt thans veelal anders geoordeeld. Dergelijke verboden staan niet in de weg aan een bedrijfseconomisch ontslag. Er lijkt derhalve geen noodzaak om deze opzegverboden vanwege het belang van de boedel buiten toepassing te laten.[94] Zij vloeien bovendien vaak voort uit internationale verdragen en EU-Richtlijnen die geen uitzondering voor insolventieprocedures kennen.[95]

De redenering voor het achterwege laten van een expliciete uitzondering voor art. 7:669 en art. 7:671a (nieuw) BW in het nieuwe ontslagrecht (zie hiervoor) doortrekkend, zou gesteld kunnen worden dat uit art. 13a Fw moet worden afgeleid dat art. 40 Fw ook derogeert aan de bijzondere opzegverboden. Consequentie zou zijn dat de curator ook ongestraft in strijd met de discriminatieverboden kan opzeggen. Dat lijkt bedoeld noch gewenst.

III.2.4 Opzegging na faillissement: ontslagvergoedingen

Is de werknemer vóór het faillissement ontslagen, dan leveren de door de werkgever verschuldigde schadevergoeding wegens kennelijke onredelijkheid of onregelmatigheid van de opzegging en de bij ontbinding aan de werknemer toegekende billijke vergoeding een preferente faillissementsvordering op.[96] Ook vóór het faillissement individueel of collectief overeengekomen, maar nog niet betaalde ontslagvergoedingen zijn in beginsel preferent.[97] Zoals hierna zal blijken, geldt dit laatste echter niet indien de opzegging pas na de faillietverklaring plaatsvindt.

In de zaak *Van der Kooi/Van Gelder Papier* stelde de werknemer, na opzegging door de curatoren, dat hem op grond van het vóór het faillissement met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan een ontslagvergoeding toekwam. De werknemer trachtte langs twee wegen betaling van deze vergoeding te verkrijgen; in de eerste plaats in een gewone procedure tegen de curatoren, waarbij hij stelde dat sprake was van een boedelvordering, en in de tweede plaats door indiening van de vordering ter verificatie in het faillissement, stellende dat sprake was van een preferente faillissementsvordering. Het zou gaan om een bij voorbaat vastgestelde voorziening als bedoeld in art. 1639s lid 2 onder

[93] P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 29 e.v.; E. Loesberg, De failliete werkgever en zijn werknemers, *FIP* 2014(8) 365; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 343. Zie ook Rb. Utrecht 29 oktober 1997, *JOR* 1998/13, m.nt. Loesberg.

[94] Vgl. A.M. Luttmer-Kat, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 11, die er overigens terecht op wijst dat sommige tijdens-verboden (ziekte, OR-lidmaatschap) in feite wegens-verboden zijn, die in een 'tijdens-jasje' zijn gestoken.

[95] Vgl. Rb. Roermond 15 januari 2003, ECLI:NL:RBROE:2003:AF4984 m.b.t. een opzegging tijdens bevallingsverlof. Zie voor een tegengestelde opvatting echter: Rb. Amsterdam 19 januari 2005, *USZ* 2005/104, m.nt. Erkens.

[96] Doorslaggevend is of de dag waarop werd opgezegd gelegen is vóór het faillissement, niet de datum waartegen. Vgl. Rb. Groningen 25 februari 2000, *JOR* 2000/156, m.nt. Loesberg.

[97] HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 502 (*Nebig/Nolen*). Dat zal slechts anders zijn indien en voor zover bijzondere omstandigheden — zoals de hoogte van de bedongen bedragen — ertoe nopen aan te nemen dat de voorziening niet enkel strekt ter opheffing van de nadelige gevolgen van de opzegging en aldus ter voorkoming van kennelijke onredelijkheid van die opzegging.

b (thans: art. 7:681 lid 2 onder b BW). De kwestie werd uiteindelijk voorgelegd aan de Hoge Raad.[98]

De Hoge Raad stelde in zijn arrest voorop dat de regeling van (thans) art. 40 lid 1 Fw meebrengt dat, zo instandhouding van de dienstbetrekking niet in het belang van de boedel is, de werknemers in bepaalde gevallen kunnen worden ontslagen op een kortere termijn dan uit de overeenkomst of de wettelijke termijnen van opzegging voortvloeit, en dat deze wettelijke regeling aldus is getroffen teneinde te vermijden dat de boedelschulden, die door het voortduren van de arbeidsovereenkomst na de faillietverklaring ontstaan, zouden oplopen tot een door de wetgever niet verantwoord geachte hoogte. Deze regeling berust aldus op een afweging van het belang van de betrokken werknemers en dat van de faillissementscrediteuren. De regeling sluit niet uit dat een opzegging door de curator kennelijk onredelijk wordt geacht.[99] Het gaat dan wel om uitzonderingsgevallen. Daarbij moet volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld worden gedacht aan ontslag door de curator van slechts een deel van de werknemers, terwijl hij met het oog op de voortzetting van het bedrijf de overige personeelsleden in dienst houdt, en hij bij de keuze van degenen die hij ontslaat, een kennelijk onredelijke maatstaf hanteert. In dat uitzonderlijke geval levert de aan de werknemer toe te kennen schadevergoeding een boedelschuld op.[100]

Met het stelsel van art. 40 Fw strookt volgens de raad echter niet om aan de werknemer ten laste van de boedel een vergoeding toe te kennen wegens geleden nadeel ná faillissement, op grond van een vóór dat faillissement aangegane overeenkomst, ook zonder dat is komen vast te staan dat het ontslag kennelijk onredelijk was in de zin van de wet of, zo dat wel het geval was, dat de vergoeding in overeenstemming is met hetgeen de rechter aan de hand van de wettelijke maatstaven zou hebben vastgesteld. Uit een dergelijke overeenkomst kan geen boedelschuld ontstaan, noch een vordering die voor verificatie in aanmerking komt. Dit betekent dat zo'n vordering op geen enkele wijze in het faillissement geldend kan worden gemaakt.[101] Aangenomen wordt dat dit ook geldt ten aanzien van individueel overeengekomen afvloeiingsregelingen.[102]

Naar aanleiding van het arrest is in de literatuur discussie ontstaan over de vraag wanneer een opzegging door de curator kennelijk onredelijk kan zijn. Meer in het bijzonder bestaat verschil van mening over het antwoord op de vraag of een opzegging in strijd met het anciënniteits- en/of afspiegelingsbeginsel een kennelijk onredelijk selectiecriterium oplevert. Sommigen menen van wel.[103] Volgens anderen is voldoende dat de curator zijn

---

[98] HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, mt. Van Schilfgaarde. Vgl. t.a.v. een bij een huurovereenkomst overeengekomen vergoeding t.z.v. voortijdige beëindiging: HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114 (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

[99] De raad verwijst in dat kader naar *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 5, p. 19 en de bevestiging van dat standpunt in *Kamerstukken II* 1987/88, 19 810, nr. 8, p. 3.

[100] Dit geldt ook voor de schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn door de curator. Vgl. E. Loesberg, De failliete werkgever en zijn werknemers, *FIP* 2014(8) 365 en P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 51. Laatstgenoemde neemt voorts hetzelfde aan voor een aan de werknemer toegekende vergoeding ter zake van een op verzoek van de curator uitgesproken ontbinding (art. 7:685 BW).

[101] Zie echter Hof Amsterdam 3 februari 2000, *JOR* 2000/63, m.nt. Loesberg (De opzegging van de arbeidsovereenkomsten door curatoren van Fokker kon niet afdoen aan de vóór de faillietverklaring aangegane verplichtingen, zoals vervat in de 55+-regeling. De daarop gegronde vorderingen van de werknemers werden door het Hof niet aangemerkt als toekomstige vorderingen, doch vorderingen op termijn en op geld waardeerbaar overeenkomstig art. 131 Fw).

[102] Vgl. Rb. Maastricht 20 februari 1997, *JOR* 1997/42, m.nt. Loesberg.

[103] Zie F.B.J. Grapperhaus en J.C.M.G. Bloemarts, in: A.M. Luttmer-Kat e.a., *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 69 en 78.

keuze kan verantwoorden.[104] De laatsten lijken het gelijk aan hun zijde te hebben. Bij het schrappen van het vergunningvereiste gaf de minister namelijk te kennen: [105]

> *'Met het oog op een zo goed mogelijke verkoop, zal de curator niet steeds rekening kunnen en behoeven te houden met de door het GAB gehanteerde selectiecriteria.'*

De kritiek op het arrest *Van der Kooi/Van Gelder Papier* betreft vooral de verschillen in uitkomst, afhankelijk van het moment waarop de werknemer wordt ontslagen. Van der Kooi moest genoegen nemen met het loon over de (verkorte) opzegtermijn, terwijl degenen die vlak vóór het faillissement waren ontslagen, aanspraak konden maken op de veel gunstiger regeling uit het sociaal plan, en een 100%-uitkering plaatsvond aan schuldeisers en zelfs aan aandeelhouders. De door de Hoge Raad aangehangen leer brengt verder mee dat in het uitzonderlijke geval dat een opzegging door de curator kennelijk onredelijk is, de betreffende werknemer een volledige schadevergoeding krijgt, terwijl een werknemer die vlak vóór het faillissement is ontslagen, in overigens gelijke omstandigheden, vanwege een magere boedel geen of slechts een zeer klein deel van zijn vergoeding ontvangt. Voor dergelijke verschillen bestaat volgens diverse schrijvers onvoldoende rechtvaardiging.[106] Ook de Commissie Insolventierecht nam in het door haar gepresenteerde voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet afstand van het standpunt van de Hoge Raad.[107]

Het per 1 juli 2015 in te voeren nieuwe ontslagrecht schrapt de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen wegens kennelijke onredelijkheid van de opzegging. In plaats daarvan is de werkgever die na ten minste twee jaren dienstverband het initiatief neemt om de arbeidsovereenkomst te beëindigen – uitzonderingen daargelaten – aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd (art. 7:673 nieuw). De hoogte van de transitievergoeding is gerelateerd aan de duur van het dienstverband en het loon.

De transitievergoeding is op grond van het nieuwe art. 7:673c lid 1 BW niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.[108] Deze bepaling verwijst uitsluitend naar art. 7:673 en 673a BW, en niet naar het nieuwe art. 7:673b BW. Op grond van dit laatste artikel is geen transitievergoeding verschuldigd indien in een cao een 'gelijkwaardige voorziening' (in natura of in geld) is opgenomen. Dit roept de vraag op welke gevolgen het inleiden van een insolventieprocedure heeft voor een bij cao overeengekomen voorziening. Opmerkelijk is dat de regering daaromtrent in de Eerste Kamer verklaarde dat het cao-partijen vrijstaat een regeling te treffen op grond waarvan een werknemer bij faillissement of surseance van

[104] Zie o.a. Vgl. E. Loesberg, De failliete werkgever en zijn werknemers, *FIP* 2014(8) 365.

[105] *Kamerstukken II* 1987/88, 19 810, nr. 5, p. 7. De beoordelingen van verzoeken tot het verlenen van toestemming voor de opzegging was destijds opgedragen aan de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB).

[106] Vgl. L.J. van Eeghen, Geen ontslagvergoeding in faillissement: een 'historische' vergissing (?), *ArbeidsRecht* 2001/7; F.B.J. Grapperhaus, De werknemer, de beëindigingsvergoeding en de insolvente werkgever, *Sociaal Recht* 2008/31; J. van der Pijl, Kennelijk onredelijk ontslag en faillissement, *ArbeidsRecht* 2010/58.

[107] Zie art. 5.2.1 lid 1 onder a van het Voorontwerp (Als insolventievordering wordt mede beschouwd: 'een vordering die na insolventverklaring is ontstaan en waarvan de verschuldigdheid in redelijkheid aan de periode vóór de insolventverklaring kan worden toegerekend') en Commissie Insolventierecht, *Toelichting voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 67.

[108] Zie over de vraag of de bij de failliet doorgebrachte diensttijd meetelt bij de vaststelling van de transitievergoeding die de doorstarter verschuldigd is aan overgenomen personeel: § V.3.

de werkgever niettemin aanspraak kan maken op een voorziening als hier bedoeld.[109] De *Van Gelder Papier*-leer lijkt derhalve te worden genuanceerd voor zover het collectief overeengekomen afvloeiingsregelingen betreft die als gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b BW kunnen worden aangemerkt. Wat dit betekent voor hetgeen verschuldigd is uit hoofde van een cao indien deze ter zake van het ontslag in meer voorziet dan een 'gelijkwaardige voorziening', of voor een individueel overeengekomen *golden parachute* is onduidelijk.

Voor het nieuwe recht geldt verder dat bij een opzegging die heeft plaatsgevonden vóór het faillissement c.q. de surseanceverlening de werknemer achter het net vist wanneer de werkgever ten tijde van de faillietverklaring c.q. de surseanceverlening de transitievergoeding nog niet (volledig) heeft voldaan. Dit wordt bevestigd door de opmerkingen in de memorie van toelichting met betrekking tot de werkgever in financiële moeilijkheden, die gebruik maakt van de mogelijkheid de transitievergoeding in termijnen te betalen (art. 7:673c lid 2 BW). Gaat deze werkgever failliet, dan is het nog niet betaalde deel van de transitievergoeding niet langer verschuldigd. Hetzelfde geldt uiteraard als surseance van betaling wordt verleend of wanneer de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt op de werkgever.[110]

Onder omstandigheden kan de rechter onder het nieuwe recht aan de werknemer op diens verzoek ook een (additionele) billijke vergoeding toekennen.[111] Is de arbeidsovereenkomst vóór het faillissement beëindigd, dan mag worden aangenomen dat de billijke vergoeding een preferente vordering oplevert. Vindt de beëindiging na dat moment plaats, dan ligt het voor de hand een ter zake verschuldigde billijke vergoeding als boedelschuld aan te merken.

III.2.5 Opzegging na surseanceverlening

Art. 239 Fw bevat een bepaling over opzegging na surseanceverlening aan de werkgever. Op grond van deze bepaling is de werkgever bevoegd, met medewerking van de bewindvoerder, de arbeidsovereenkomst op te zeggen met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter, dat 'in elk geval' de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd door opzegging met een termijn van zes weken of, zo de opzeggingstermijn ingevolge art. 7:672 lid 2 BW langer is, deze termijn. Werknemers hoeven op grond van het derde lid van art. 239 Fw het bepaalde in art. 7:672 lid 3 BW niet in acht te nemen.[112]

De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn is ook hier gemaximeerd, maar op meer dan zes weken wanneer op grond van art. 7:672 lid 2 BW – vanwege de duur van het dienstverband – een langere termijn in acht moet worden genomen. Toepassing van de gemaximeerde termijn zal daarom vooral aan de orde zijn bij contractuele afwijkingen van de wettelijke termijnen en tussentijds niet-opzegbare bepaalde-tijdcontracten.

Met betrekking tot de opzegtermijn van de werknemer heeft de wetgever bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid art. 7:672 lid 3 BW buiten toepassing verklaard. Dit lijkt op een

[109] *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 99-100.
[110] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 114.
[111] Zie o.m. art. 7:681 en art. 7:682 (nieuw) BW.
[112] Bij (voorlopige) surseanceverlening hoeft geen rechter-commissaris te worden benoemd, maar het kan wel. Zijn taak is dan echter niet toezichthoudend, maar adviserend (art. 223a Fw).

vergissing te berusten.[113] Letterlijk genomen brengt de bepaling thans namelijk mee dat de werknemer de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang of tegen het einde van de lopende maand kan beëindigen.[114] In de wetsgeschiedenis zijn echter geen aanknopingspunten te vinden dat de wetgever op dit punt een breuk ten opzichte van het oude recht beoogde.[115]

Naar algemeen wordt aangenomen, is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst na surseanceverlening toestemming nodig van het UWV. Alleen de opzegging ten gevolge van faillissement en WSNP is in art. 6 lid 2 onder c BBA uitgezonderd. Ten aanzien van de toepasselijkheid van de bijzondere opzegverboden zijn de meningen verdeeld. Bij de herziening van het ontslagrecht in 1954 gaf de regering te kennen dat de opzegverboden tijdens ziekte en militaire dienstplicht ook niet golden nadat de werkgever surseance was verleend.[116] Enkele schrijvers stellen zich nog steeds op dit standpunt.[117] Daarvoor pleit dat art. 239 Fw, net als art. 40, de woorden 'in elk geval' hanteert. Anderen gaan er, met een verwijzing naar de toepasselijkheid van het BBA, vanuit dat na surseanceverlening de bijzondere opzegverboden gewoon blijven gelden.[118] Weer anderen nemen een middenpositie in en achten de wegens-verboden (in het bijzonder de discriminatie-verboden) wel van toepassing, maar de tijdens-verboden niet.[119]

Ook ten aanzien van de verschuldigdheid van vóór het faillissement overeen-gekomen ontslagvergoedingen bij ontslag tijdens (voorlopige) surseance kunnen in de literatuur verschillende standpunten worden aangetroffen.[120] De president van de Rechtbank Amsterdam vond dat het Van Gelder Papier-arrest daarop niet mag worden toegepast. Hij overwoog dat art. 239 Fw en art. 40 Fw niet op één lijn mogen worden gesteld. Art. 40 Fw maakt deel uit van de bepalingen gericht op liquidatie van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ter verdeling van de opbrengst onder de crediteuren; art. 239 Fw van de bepalingen gericht op een tijdelijk uitstel van betaling om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen de continuïteit van de onderneming te realiseren door de druk van een tijdelijk liquiditeitsprobleem (tijdelijk) weg te nemen. Volgens de president kan de door de wetgever gemaakte belangenafweging tussen crediteuren ten behoeve van wie de vermogensbestanddelen liquide worden gemaakt en werknemers voor wie een afvloeiingsregeling is getroffen, om die reden in surseance niet op dezelfde manier worden gemaakt. Bovendien verliest de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn vermogen, terwijl de sursiet die bevoegdheid behoudt, zij het onder toezicht van de bewindvoerder. Met betrekking tot de verlening van voorlopige surseance overweegt de president dat daaraan

[113] Aldus A.M. Luttmer-Kat, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 7; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 345; P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 36.

[114] R.M. Beltzer & J. van der Pijl, in: Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, 3[de] druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 217.

[115] Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 7. Op grond van dat oude recht gold voor de werknemer wel de basistermijn van een maand, maar niet de verlengde opzegtermijn bij een langdurig dienstverband.

[116] *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 36.

[117] A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 169; E. Loesberg, De werknemer en zijn insolvente werkgever, *TvI* 1998/4, p. 69.

[118] Zie o.a. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 346.

[119] P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 35-36.

[120] Wel verschuldigd: W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 346. Niet verschuldigd: E. Loesberg, Afvloeiingsregelingen en insolventie in: *Onderneming en werknemer,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 222.

geen inhoudelijke, maar uitsluitend een formele toets door een rechter ten grondslag ligt (zie art. 215 lid 2 Fw). Gevolg zou zijn dat de schuldenaar zich kan bevrijden van verplichtingen die hij op grond van een arbeidsovereenkomst op zich heeft genomen door om surseance van betaling te verzoeken en na verlening van voorlopige surseance aan één of meer werknemers ontslag aan te zeggen om vervolgens het verzoek tot verlening van surseance van betaling weer in te trekken. Aldus zou de schuldenaar het geheel in eigen hand hebben om door een verzoek tot verlening van surseance onwelgevallige arbeidsovereenkomsten te beëindigen door opzegging op een vrij korte termijn zonder aan de verder overeengekomen verplichtingen te hoeven voldoen. Dit strookt niet met het beginsel dat overeenkomsten partijen over en weer binden. In hoger beroep nam het Hof Amsterdam de overweging van de president integraal over.[121]

In het nieuwe ontslagrecht heeft de wetgever voor de transitievergoeding – zo zagen wij reeds – uitdrukkelijk in de wet geregeld dat deze niet langer verschuldigd is wanneer de werkgever surseance van betaling wordt verleend (art. 7:673c (nieuw) BW). Uit de Kamerstukken blijkt dat die verplichting ook niet herleeft op het moment dat de surseance wordt opgeheven, hetgeen voortzetting van de activiteiten volgens de minister zal vergemakkelijken.[122] Aangenomen mag worden dat de minister hierbij alleen het oog had op de werknemers die na de surseanceverlening en vóór de opheffing worden ontslagen. Zijn werknemers gewoon in dienst gebleven, en worden zij na de opheffing van de surseance ontslagen, dan tellen derhalve al hun dienstjaren – dus ook die van vóór de surseance - gewoon mee.

Onduidelijk is of ook een voorlopige surseanceverlening tot het verlies van de transitievergoeding leidt. In lijn met het hiervoor aangehaalde oordeel van de president van de Rechtbank Amsterdam, kan worden opgeworpen dat de schuldenaar zich in dat geval voor een ontslagronde op eenvoudige wijze zou kunnen bevrijden van de verplichting transitievergoedingen te betalen door surseance van betaling te verzoeken en na verlening van voorlopige surseance, de arbeidsovereenkomsten op te zeggen en het verzoek tot verlening van surseance weer in te trekken. Een beroep van de werknemer op art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) of art. 6:2 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) zal in deze situatie wellicht uitkomst kunnen bieden.

III.3 Het concurrentiebeding

Art. 7:653 BW bevat een regeling voor het tussen werkgever en werknemer overeen-gekomen beding waarbij de laatste beperkt wordt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, het zogenoemde concurrentiebeding. Met de wettelijke regeling van het concurrentiebeding beoogt de wetgever recht te doen aan het grondwettelijk erkende belang van de werknemer bij een vrije arbeidskeuze, maar tevens tegemoet te komen aan het belang van de werkgever bij bescherming van het bedrijfsdebiet.[123] De wet stelt extra eisen aan de geldigheid van het beding. Verder kan de rechter het beding geheel of gedeeltelijk vernietigen, wanneer de werknemer door het

[121] Rechtbank Amsterdam 17 mei 2001, *JOR* 2001/137 en Hof Amsterdam 27 september 2001, *JAR* 2001/215.
[122] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 84.
[123] Vgl. Hof Arnhem 21 juli 2009, *LJN* BJ4525.

beding, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, onbillijk wordt benadeeld.

Een van de extra geldigheidsvereisten voor het concurrentiebeding is de eis dat het schriftelijk moet worden aangegaan. In deze schriftelijkheidseis is volgens de Hoge Raad een bijzondere waarborg gelegen dat de werknemer de consequenties van het voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen. Zij heeft volgens de Hoge Raad ook te gelden wanneer de werknemer met een nieuwe werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat met in beginsel dezelfde inhoud als van die met de vorige werkgever. De raad grondt dit standpunt op de mogelijkheid dat door die voortzetting het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken.[124] Ook het uitdrukkelijke beding dat het concurrentiebeding mede ten behoeve van rechtsopvolgers van de werkgever is aangegaan, brengt op zichzelf niet mee dat de rechtsopvolger rechten aan dit beding kan ontlenen.[125]

Het beding hoeft niet opnieuw te worden aangegaan wanneer de werknemer van rechtswege in dienst komt bij de nieuwe werkgever als gevolg van een overgang van (een onderdeel van een) onderneming. Ook het concurrentiebeding gaat in dat geval van rechtswege over op grond van art. 7:663 BW.[126] Deze overgang van rechtswege betreft evenwel uitsluitend de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst met een in de onderneming werkzame werknemer. Zij ziet derhalve niet op de rechten van de overdragende partij ten opzichte van een werknemer wiens dienstbetrekking reeds vóór de overdracht is geëindigd.[127]

Het faillissement heeft op zichzelf geen gevolgen voor de geldigheid van het concurrentiebeding.[128] De curator is derhalve gerechtigd nakoming te vorderen, maar zal daar als regel slechts belang bij hebben wanneer hij de onderneming voortzet ten behoeve van de boedel. Indien hij het bedrijf aan een derde verkoopt, gaan de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten niet van rechtswege over op de verkrijger (art. 7:666). Deze kan zich daarom niet op het tussen vervreemder en overgenomen werknemer overeengekomen beding beroepen.[129] Het standpunt dat de vorderingsrechten uit hoofde van de concurrentiebedingen van werknemers van wie de arbeidsovereenkomst reeds vóór het faillissement is geëindigd, door de curator kunnen worden overgedragen aan de nieuwe exploitant, is in de rechtspraak van de hand gewezen.[130]

De vraag of de curator na de overdracht nog een rechtens te respecteren belang kan hebben bij de naleving van het concurrentiebeding, is diverse malen voorgelegd aan de

---

[124] HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325 (*Goedegebuure/Post*), m.nt. Zonderland; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 234 m.nt. Stein (*Hydraudyne/Van der Pasch*).

[125] HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 462 (*Gijsbers/Meurs*).

[126] HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 235 m.nt. Stein (*Ibes/Atmos*). Niet uitgesloten is dat de overgang gepaard gaat met een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding als gevolg waarvan het concurrentiebeding daadwerkelijk aanmerkelijk zwaarder gaat drukken op de werknemer. Ook in dat geval zal het beding geheel of gedeeltelijk zijn geldigheid verliezen: HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 (*AVM/Osinga*).

[127] HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 729, m.nt. Stein (*Beugels/Tarco*).

[128] Pres. Rb. Amsterdam 13 september 2001, *JOR* 2002/22, m.nt. Loesberg.

[129] Hij kan onder omstandigheden wel ageren op grond van art. 6:162 BW wanneer sprake is van onrechtmatige concurrentie. Zie bijv. Rb. Den Bosch (vzr) 30 juli 2010, *JOR* 2011/65.

[130] Rb. Dordrecht (vzr) 20 augustus 2010, *JOR* 2012/26, m.nt. Orval. Volgens de rechter is, gelet op het arrest HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 729, m.nt. Stein (*Beugels/Tarco*), van kwalitatieve verbondenheid van het concurrentiebeding aan de onderneming van de (voormalig) werkgever geen sprake. Daaruit volgt dat de rechten uit het beding ook niet op de voet van art. 6:251 BW van rechtswege overgaan op degene die de onderneming onder bijzondere titel verkrijgt. Anders: B. Wessels, *Insolventierecht, deel II. Gevolgen van faillietverklaring (1),* Deventer: Kluwer 2012, § 2574 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/543.

(lagere) rechter.[131] Meestal wint het belang van de vrije arbeidskeuze van de werknemer het van het belang van de curator/de gezamenlijke schuldeisers bij een hogere boedelopbrengst.[132] Een enkele keer besloot de rechter echter het beding (gedurende beperkte tijd) te handhaven.[133] Deze rechters lijken vooral gevoelig voor het argument dat een voorgenomen verkoop van de onderneming staat of valt met het staken dan wel voortzetten van de concurrerende activiteiten door de voormalige werknemer.[134]

III.4 De loongarantieregeling[135]

Hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW) bevat een regeling die inhoudt dat de werknemer voor een aantal verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst een beroep kan doen op het algemeen werkloosheidsfonds indien zijn werkgever in een blijvende toestand van betalingsonmacht verkeert. Deze regeling wordt ook wel aangeduid als de 'loongarantieregeling'.[136] De wetgever beoogt daarmee tevens uitvoering te geven aan Richtlijn 2008/94/EG.[137]

De loongarantieregeling is van toepassing als de werkgever in staat van faillissement is verklaard, surseance van betaling is verleend, ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is, of in geval hij anderszins verkeert in een blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. In deze gevallen kan de werknemer binnen zekere grenzen aanspraak maken op achterstallig loon, niet opgenomen vakantiedagen en op vakantiebijslag. Daarnaast kunnen bijvoorbeeld ook aan derden verschuldigde pensioenpremies of bijdragen voor een spaar- of levensloopregeling worden geclaimd (art. 61 lid 1 WW).[138]

De werknemers die op het moment van het intreden van de toestand van betalingsonmacht bij de werkgever in dienst zijn en die ten gevolge van die toestand niet krijgen uitbetaald, kunnen een beroep doen op de overnemingsregeling. Dat geldt ook wanneer zij hun arbeid na het intreden van die toestand voortzetten. Van de mogelijkheid de werknemers gedurende de opzegtermijn voor de boedel te laten doorwerken, zonder dat de loongarantieregeling in gevaar komt, wordt in de praktijk door curatoren veel gebruik gemaakt.[139] Naast het zittende personeel kunnen ook de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voor het intreden van de insolventie geëindigd is, een beroep doen op

[131] Zie ook A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011, § 5.4.2.

[132] Ktr. Rotterdam 20 september 1993, *KG* 1993/404; Ktr. Utrecht 12 september 2000, *JAR* 2000/218; Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001/267; Hof Den Bosch 24 februari 2004, *LJN* AO5405; Hof Den Bosch 9 januari 2007, *JOR* 2007/58; Ktr. Enschede 30 augustus 2011, *JOR* 2012/27;

[133] Ktr. Amsterdam 29 april 1998, *JOR* 2000/131; Pres. Rb. Amsterdam 13 september 2001, *JOR* 2002/22; Ktr. Den Haag 12 december 2001, *JOR* 2002/42; Ktr. Maastricht (vzr) 25 januari 2013, *JOR* 2013/125

[134] Vgl. P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 113-114.

[135] Deze paragraaf is voor een belangrijk deel gebaseerd op de tekst opgenomen in § 7.4 van W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels' Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 129 e.v.

[136] Zie over deze regeling ook : A.P. van der Meij, De loongarantieregeling van Hoofdstuk IV WW: recente ontwikkelingen en Europese perspectieven, *SMA* 2007, p. 132-142 en P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 77-99.

[137] De loongarantieregeling bestond in Nederland al voordat Richtlijn 80/187/EEG daartoe verplichtte. Zij werd in 1968 opgenomen in hoofdstuk IIIA van de WW(1949).

[138] De wet voorziet voorts in een recht op overlijdensuitkering voor de nabestaanden van een werknemer van wie de werkgever door blijvende betalingsonmacht niet in staat is de overlijdensuitkering van art. 7:674 BW te voldoen (art. 61a WW).

[139] P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 84.

de regeling, mits er een duidelijke samenhang is tussen de omstandigheden die tot het ontslag en de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hebben geleid (art. 62 WW).[140]

De regeling fungeert als laatste redmiddel. De werknemer dient de werkgever aan te spreken alvorens een beroep te kunnen doen op de regeling en een aanvraag in te kunnen dienen bij UWV.[141] Verder leert vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) dat geen aanspraak kan worden gemaakt op overneming van betalingsverplichtingen, indien na een overgang van een onderneming de werknemer op betrekkelijk eenvoudige wijze van een kredietwaardige verkrijger het achterstallige loon had kunnen verlangen dat de vervreemder hem schuldig is gebleven.[142]

De werknemer heeft op grond van de regeling recht op niet-betaald loon over een periode van ten hoogste dertien weken onmiddellijk voorafgaande aan de dag van opzegging. Is de arbeidsovereenkomst geëindigd door ontbinding, met wederzijds goedvinden of van rechtswege, dan kan aanspraak worden gemaakt op het loon over de dertien weken onmiddellijk voorafgaand aan de laatste dag van de dienstbetrekking (art. 64 lid 1 onder a WW). Indien de dienstbetrekking is geëindigd door opzegging bestaat bovendien aanspraak op het loon over de opzegtermijn (art. 64 lid 1 onder b WW). Daarbij geldt de in art. 40 Fw neergelegde termijn van zes weken als de maximale termijn waarover na de dag van opzegging door het UWV betalingsverplichtingen worden overgenomen, óók indien de betalingsonmacht (nog) niet tot een faillissement heeft geleid.[143]

De werknemer kan verder aanspraak maken op het vakantiegeld over ten hoogste één jaar, alsmede uitbetaling van de vakantiedagen in geld over dezelfde periode, terug te rekenen vanaf de dag waarop de dienstbetrekking, dan wel de krachtens art. 40 Fw geldende opzegtermijn eindigt. Deze termijn geldt ook voor de overneming van in verband met de dienstbetrekking aan derden verschuldigde bedragen (art. 64 lid 1 onder c WW). Voor zover het UWV de betalingsverplichtingen van de werkgever voldoet, wordt het gesubrogeerd in de vorderingen van de werknemer en derden (art. 66 WW). Zekerheidsrechten, nevenrechten en voorrechten gaan eveneens op het UWV over.

De loongarantieregeling kent een ruim loonbegrip. Onder loon wordt verstaan, al hetgeen de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer verschuldigd is (art. 67 aanhef en onder a WW). Als gevolg daarvan komen ook door de werkgever verschuldigde onkosten- en schadevergoedingen voor overneming door het UWV in aanmerking.[144] Dit geldt uiteraard slechts voor zover deze vergoedingen zijn toe te rekenen aan de perioden genoemd in art. 64 WW.[145] Ten aanzien van de ontbindingsvergoeding heeft de Centrale Raad van Beroep expliciet overwogen dat deze, naar haar aard, dient te

[140] De eis van 'duidelijke samenhang' wordt door de CRvB strikt uitgelegd. Zie onder meer: CRvB 9 januari 2013, *USZ* 2013/40.
[141] Zie o.m. CRvB 18 februari 1992, *RSV* 1992/221.
[142] Zie o.m. CRvB 15 mei 1990, *RSV* 1990/332 en CRvB 29 juni 2005, *USZ* 2005/325.
[143] Gedurende de periode dat de voor de werknemer rechtens geldende opzegtermijn langer duurt dan zes weken, wordt de werknemer van wie de werkgever het loon niet voldoet omdat hij in een toestand van betalingsonmacht verkeert, als werkloos aangemerkt (art. 16 lid 5 WW). Deze werknemer komt derhalve, mits aan de overige voorwaarden is voldaan, in aanmerking voor een werkloosheidsuitkering.
[144] Zie bijvoorbeeld CRvB 26 januari 1999, *USZ* 1999/77 (overneming door werkgever verschuldigde vergoeding voor proceskosten, buitengerechtelijke kosten en executiekosten).
[145] Zie bijvoorbeeld CRvB 23 april 2008, *USZ* 2008/201 (immateriële schadevergoeding).

worden toegerekend aan de periode gelegen na het einde van de dienstbetrekking en dus niet door het UWV behoeft te worden overgenomen.[146]

Om te voorkomen dat de curator of bewindvoerder te veel loonkosten afwentelt op de sociale verzekering (terwijl de werknemers wel doorproduceren), kent de wet het UWV de bevoegdheid toe om zelf een dag te bepalen waarop de dienstbetrekking wordt geacht te zijn geëindigd of te zijn opgezegd, indien de dienstbetrekking niet of op een later dan het daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komende moment is beëindigd (art. 64 lid 2 WW). Deze bevoegdheid bestaat slechts indien de bij (de opzegging van) de dienstbetrekking betrokken partijen na het ontstaan van de betalingsonmacht niet adequaat hebben gereageerd op een voorhanden situatie.[147]

De CRvB stelt dat van de curator mag worden verlangd dat hij alles doet om een beroep op hoofdstuk IV WW zo veel mogelijk te beperken. Worden de arbeidsovereenkomsten na de faillietverklaring niet onmiddellijk (binnen één week) opgezegd, dan zal in het algemeen niet gesproken kunnen worden van een adequate reactie van de curator.[148] Als dag van opzegging zal in deze gevallen in de regel de datum van het faillissement worden gehanteerd.

De bevoegdheid om een dag aan te wijzen waarop de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs had behoren te worden opgezegd, is uitsluitend bedoeld voor die gevallen waarin een opzegging mogelijk was, maar die desondanks niet dan wel te laat heeft plaatsgevonden. Het UWV kan deze bevoegdheid derhalve niet gebruiken om als opzegdatum een dag aan te wijzen, waarop een opzegverbod van toepassing was.[149] Ook een adequaat reagerende werkgever zou op die dag immers niet rechtsgeldig hebben kunnen opzeggen.

Om voor de loongarantieregeling in aanmerking te komen, is de werknemer verplicht, indien geen tijdige betaling heeft plaatsgevonden, daarvan binnen een week na de normale dag van betaling aangifte te doen aan het UWV. Laat de werknemer dat na dan is het UWV verplicht de uitkering tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk te weigeren (art. 63 WW). In de praktijk is het veelal de curator die deze aangifte voor het voltallige personeel voor zijn rekening neemt.[150] Voorts zal een maatregel volgen als het de werknemer ten tijde van het aangaan van de dienstbetrekking of bij verandering van arbeidsvoorwaarden redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat door het ophanden zijnde faillissement geen betaling van loon en dergelijke zou plaatsvinden. Hiermee wordt beoogd misbruik van de regeling te voorkomen. Die ligt op de loer omdat de toegang tot de overnameregeling een betrekkelijk lage drempel kent.

In de overnameregeling wordt op een aantal punten afgeweken van het normale regime van de WW. Zo zijn de weken- en arbeidsverledeneis niet van toepassing (art. 68

---

[146] CRvB 13 juli 1995, *RSV* 1996/3 en CRvB 18 januari 2006, *USZ* 2006/103. Vgl. ten aanzien van een krachtens de cao verschuldigde ontslagvergoeding: CRvB 19 juli 1994, *RSV* 1995/36.

[147] CRvB 25 april 1996, *RSV* 1996/220; CRvB 7 januari 2010, *USZ* 2010/73 en CRvB 14 november 2012, *USZ* 2013/6.

[148] CRvB 22 november 1994, *RSV* 1995/105, m.nt.Van Ogtrop; CRvB 27 mei 2009, *USZ* 2009/194 en CRvB 13 april 2011, *USZ* 2011/140.

[149] CRvB 26 mei 1992, *RSV* 1992/308; CRvB 27 oktober 1992, *RSV* 1993/100.

[150] P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 84.

WW).[151] Bovendien krijgt de werknemer het volle rechtens verschuldigde loon (tot 1 januari 2016 zonder maximumbegrenzing) vergoed en kunnen ook werknemers die niet voor een werkloosheidsuitkering in aanmerking komen recht hebben op een uitkering op grond van de loongarantieregeling. De wet zelf brengt werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd op grond van de AOW hebben bereikt, onder de werkingssfeer van de overnameregeling (art. 67 WW). Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU moet voorts worden aangenomen dat ook anderen die een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht hebben maar zijn uitgesloten van het recht op werkloosheidsuitkering – zoals illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen – aanspraak kunnen maken op een uitkering op grond van deze regeling.[152]

Art. 20 tot en met art. 27 WW zijn door de wetgever van overeenkomstige toepassing verklaard op de loongarantieregeling (art. 68 lid 2 WW). Dit betekent in de eerste plaats dat bij hervatting of uitbreiding van werkzaamheden bij een andere werkgever dan de betalingsonmachtige werkgever tijdens de overnemingsperiode – al dan niet in het kader van een doorstart van de failliete onderneming – het recht op uitkering eindigt ter zake van het aantal uren dat de werknemer (meer) gaat werken (art. 65 WW).[153] Ook de verplichtingen die ingevolge art. 24 en art. 26 WW op de werkloze werknemer rusten, zoals de verplichting tot het verkrijgen en behouden van passende arbeid en de verplichting zich als werkzoekende te laten registreren bij het UWV, gelden voor de werknemer die een beroep doet op de loongarantieregeling. Het Hof van Justitie van de EU heeft het korten van de uitkering wegens schending van laatstgenoemde verplichting evenwel in strijd geoordeeld met Richtlijn 2008/94/EG.[154]

De aanspraken die werknemers kunnen ontlenen aan de loongarantieregeling, worden ingaande 1 januari 2016, als uitvloeisel van de Wet werk en zekerheid, gemaximeerd. Dit gebeurt om excessief hoge uitkeringen te voorkomen.[155] De loonovername wordt beperkt tot een bedrag ter hoogte van anderhalf maal 100/108ste maal het maximumdagloon.[156] De hoogte van het nog te ontvangen vakantiegeld of vakantiebijslag over maximaal een jaar wordt beperkt tot 8% over het bedrag dat past bij een loon gelijk aan anderhalf keer het maximumdagloon. Van werknemers die meer verdienen mag volgens de regering redelijkerwijs verwacht worden dat zij in staat zijn om het risico van inkomensverlies vanaf het genoemde maximum zelf te dragen.[157] Betalingen aan derden zijn uitgezonderd van de maximering.

In de Wet werk en zekerheid is niet voorzien in een regeling op grond waarvan de verplichting van de werkgever om een transitievergoeding te betalen wordt overgenomen ingeval van surseance of faillissement. De vergoeding is in deze gevallen niet verschuldigd

---

[151] Zie ook CRvB 27 augustus 2014, *USZ* 2014/324 (geen arbeidsurenverlies vereist; deze voorwaarde zou volgens de CRvB rechtstreeks afbreuk doen aan de minimumbescherming die door Richtlijn nr. 80/987/EEG (zoals nadien gewijzigd) wordt nagestreefd en is niet te verenigen met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU).
[152] HvJ EU 5 november 2014, *JAR* 2014/302 (*Tümer*).
[153] Ingaande 1 januari 2016 al als gevolg van de Wet werk en zekerheid worden overgegaan op een systeem van inkomensverrekening.
[154] HvJ EU 17 november 2011, *USZ* 2012/17 (*Van Ardennen*). Zie daarover: L. van den Berg, Loongarantieregeling verlangt teveel garanties?, *Annotaties AR* 2011-0946.
[155] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 62.
[156] Het maximumdagloon bedraagt in 2015: € 199,90.
[157] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 114.

(art. 7 :673c BW).[158] De regering wijst er in dat verband op dat ook thans de eventuele verplichtingen die een werkgever heeft ten aanzien van het betalen van een ontslagvergoeding niet op grond van Hoofdstuk IV van de WW worden overgenomen. Zij rekent het ook niet tot haar verantwoordelijkheid om hiervoor een voorziening te treffen.[159]

III.5 Alternatieven en suggesties

Met betrekking tot het loon heeft de Commissie Insolventierecht voorgesteld de aanspraken van de werknemer na een insolventverklaring alleen nog als boedelschuld aan te merken wanneer de werknemer daadwerkelijk arbeid verricht ten behoeve van de boedel (art. 5.1.1 lid 2, onder f, Voorontwerp). Voor het overige zou de werknemer, net als de wederpartij bij andere wederkerige overeenkomsten, slechts een (preferente) insolventievordering krijgen. Dit voorstel werd mede ingegeven door de wens van de commissie om de positie van de gewone schuldeisers te versterken door het aantal boedelschulden fors terug te brengen. Dit zou volgens de commissie in beginsel niet tot een financiële achteruitgang voor de werknemer leiden, omdat het UWV de verplichting tot loonbetaling in de regel zal overnemen.[160] Naar aanleiding van de (internet)consultatie waarin de aanspraken van werknemers die ziek zijn of vakantie genieten aan de orde werden gesteld, gaf de commissie in overweging te bepalen dat een kortdurende onderbreking van de werkzaamheden niet zou leiden tot een andere status van de vorderingen.[161]

De opzegtermijnen zouden volgens de commissie na insolventverklaring niet mogen verschillen van de situatie daarvóór. Diverse schrijvers hebben eerder ook voor deze gelijkstelling gepleit.[162] Gevolg van de wijze waarop de commissie het voorstel had vormgegeven was wel dat bij contractueel verlengde opzegtermijnen en tussentijds niet-opzegbare arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd regelmatige beëindiging op korte termijn niet meer mogelijk zou zijn. Uit de slotbrief van de commissie blijkt dat zij dit niet zo bezwaarlijk vindt. Zo nodig zou een eerdere beëindiging bewerkstelligd kunnen worden door een ontbindingsverzoek te richten aan de kantonrechter. De commissie wees er verder op dat een uitbreiding van de aanspraken van de werknemer jegens de boedel niet automatisch betekent dat hij ter zake ook aanspraken aan de loongarantieregeling kan ontlenen. Richtlijn 2008/94/EG verplicht immers slechts tot overneming van de onvervulde aanspraken van werknemers tegenover een insolvente ondernemer over de laatste drie maanden van de arbeidsbetrekking vóór en/of na een door de lidstaten vast te stellen datum.[163]

Ten aanzien van de opzegtermijn van de werknemer na surseanceverlening ligt het op de weg van de wetgever om de vergissing die bij de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is gemaakt, te herstellen. Volstaan kan worden met een bepaling die de

[158] Dit gaat echter niet op voor in cao's neergelegde afvloeiingsregeling. De vergoeding heeft echter betrekking op de periode na einde dienstverband en valt dus niet in het overnemingstijdvak.
[159] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 85.
[160] Commissie Insolventierecht, *Toelichting voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 67.
[161] Vgl. Slotbrief Commissie Insolventierecht, Nijmegen, 23 juli 2009, p. 13.
[162] Zie o.a. L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij* faillissement, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 5, Alphen aan den Rijn: Samsom 1981, p. 50 en R. Knegt e.a., Faillissement als afscheid van werknemers: legitieme afwenteling of misbruik van recht, *SMA* 2006, p. 89. Vgl. SER-advies 1988/12, *Herziening ontslagrecht*, Den Haag 1988, p. 23
[163] Vgl. Slotbrief Commissie Insolventierecht, Nijmegen, 23 juli 2009, p. 13.

werknemer de bevoegdheid geeft de arbeidsovereenkomst in elk geval op te zeggen met inachtneming van de wettelijke termijn van één maand.

Met betrekking tot de bijzondere opzegverboden bepleit de Commissie Insolventierecht in haar slotbrief het opnemen van een uitdrukkelijke uitzondering voor opzegging na insolventverklaring van de werkgever.[164] Dit voorstel komt tegemoet aan de hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid op dit punt onder het huidige recht, zowel ten aanzien van het faillissement als de surseance. Een algemeen geformuleerde uitzondering verdraagt zich echter niet met het feit dat de verdragen en EU-richtlijnen, waarop een groot aantal wegens-verboden, zoals de discriminatieverboden, zijn gebaseerd, geen uitzondering maken voor insolventie van de werkgever. Deze opzegverboden staan bovendien niet in de weg aan een bedrijfseconomisch ontslag. Er lijkt dus ook geen noodzaak om ze vanwege het belang van de boedel buiten toepassing te laten.

Ten aanzien van vooraf overeengekomen ontslagvergoedingen hebben diverse schrijvers ervoor gepleit om de door de Hoge Raad geformuleerde leer in het arrest *Van der Kooi/Van Gelder Papier* te verlaten. Dit was ook het standpunt van de Commissie Insolventierecht. Deze kwestie lijkt voor een deel opgelost door het nieuw in te voeren ontslagrecht. De minister verklaarde immers tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid dat cao-partijen kunnen bepalen dat de ‘gelijkwaardige voorziening’, bedoeld in art. 7:673b (nieuw) BW, ook verschuldigd is wanneer de werkgever failliet is verklaard of surseance is verleend. Wat dit betekent voor hetgeen aan de werknemer verschuldigd is uit hoofde van een sociaal plan voor zover dat de wettelijke transitievergoeding overstijgt, en voor individueel overeengekomen *golden parachutes* kan niet uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet werk en zekerheid worden afgeleid.

Tegenover de opwaardering van de cao-voorziening tot boedelschuld staat, dat de transitievergoeding die betaald moet worden vanwege een beëindiging die heeft plaatsgevonden vóór de insolventverklaring, straks vanaf dat moment niet langer verschuldigd is. Het heeft er bovendien alle schijn van dat ook een voorlopige surseance tot het definitief vervallen van opgebouwde aanspraken op een transitievergoeding leidt. Dit zou aanleiding kunnen geven tot misbruik. Onduidelijk is of de wetgever een en ander heeft beoogd. Opheldering daarover lijkt gewenst.

INSOLAD, de specialisatievereniging van de Nederlandse Orde van Advocaten op het terrein van het insolventierecht, heeft begin 2015 een Ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling gepresenteerd. Met dit ontwerp hoopt de vereniging de surseance om te vormen tot een adequate reorganisatieprocedure die zich kan meten met soortgelijke buitenlandse procedures, zoals de Franse *redressement judiciaire* en de Engelse *administration.* Essentieel onderdeel van het door INSOLAD ontwikkelde voorstel is dat de ontslagregeling in en buiten faillissement in hoofdlijnen op dezelfde wijze wordt vormgegeven. De huidige onmogelijkheid om het insolventieontslagrecht toe te passen in surseance heeft alleen maar tot gevolg dat de rechtspersoon via faillissement geherstructureerd moet worden, hetgeen in voorkomende gevallen tot meer waardeverlies leidt zonder dat de werknemer er iets mee opschiet.[165]

---

[164] Vgl. Slotbrief Commissie Insolventierecht, Nijmegen, 23 juli 2009, p. 14.
[165] INSOLAD, *Toelichting op het INSOLAD ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling*, p. 7-8 en 26-27.

INSOLAD stelt daarom voor in een nieuw art. 251 Fw op te nemen dat de artikelen 7:669, 670, eerste tot en met vierde lid en tiende lid, 670a en 671a (nieuw) BW niet van toepassing zijn op een opzegging na surseanceverlening. Dit betekent dat de herplaatsingsverplichting van de werkgever, de tijdens-verboden en het vereiste van toestemming van het UWV in die situatie zijn uitgeschakeld. In plaats daarvan zou de schuldenaar machtiging nodig hebben van de rechter-commissaris (waartegen voor de werknemer beroep openstaat bij het hof). Verder bevat het voorgestelde artikel een aantal bijzondere bepalingen met betrekking tot de Wet melding collectief ontslag en de Wet op de ondernemingsraden (zie over deze en andere onderdelen van het INSOLAD-ontwerp tevens § IV.4 en § VI.5).

Met betrekking tot de gevolgen van faillissement van de werkgever voor het concurrentiebeding is van belang dat het in mei 2006 in de Eerste Kamer gestrande wetsvoorstel 28 167 voorzag in een verval van rechtswege van het beding. In de memorie van toelichting wordt daaromtrent opgemerkt dat het (eventuele) belang van de failliet niet opweegt tegen het belang van de ontslagen werknemer van een failliete onderneming om zo snel mogelijk nieuw emplooi te vinden.[166] Dit onderdeel van het wetsvoorstel ontmoette tijdens de parlementaire behandeling nauwelijks bezwaren. Het werd om geheel andere redenen verworpen.

De Commissie Insolventierecht koos voor een iets genuanceerdere benadering. In het door de commissie gepresenteerde Voorontwerp Insolventiewet is het uitgangspunt dat (niet de insolventie zelf, maar) de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de insolventie, ongeacht wie deze bewerkstelligt, meebrengt dat de werknemer niet meer gebonden is aan een concurrentiebeding. De rechter-commissaris kreeg in het voorontwerp echter de bevoegdheid op grond van zwaarwegende belangen, op verzoek van de bewindvoerder, te bepalen dat een beding niettemin van kracht blijft voor een door hem vast te stellen periode op door hem te bepalen voorwaarden (bijv. een beperking tot bepaalde activiteiten of een bepaald gebied).

Ten slotte is ten aanzien van de loongarantieregeling gepleit voor het inperken van zekere uitwassen die hebben kunnen ontstaan doordat het loonbegrip in hoofdstuk IV van de WW ruimer is dan in het BW en voor het hanteren van een zeker maximumdagloon.[167] Die laatste suggestie is door de wetgever ter harte genomen. De aanspraken die werknemers aan de regeling kunnen ontlenen, worden ingaande 1 januari 2016 gemaximeerd.

[166] *Kamerstukken II* 2001/02, 28 167, nr. 3, p. 10.
[167] Zie o.a. P.R.W. Schaink, Verhandeling, *TvI* 2007/41.

IV. Doorstart

IV.1 Art. 7:666 BW

In hoofdstuk II stonden wij uitgebreid stil bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake de toepasselijkheid van Richtlijn 77/187/EEG op een overdracht van (een onderdeel van) de onderneming terwijl de werkgever verkeert in een op liquidatie gerichte insolventieprocedure. Genoemde Richtlijn verschafte op dit punt geen uitkomst. Wij hebben gezien dat het Hof van Justitie in 1985 in het Abels-arrest concludeerde dat de lidstaten niet verplicht zijn de beginselen van de Richtlijn toe te passen in geval van faillissement, indien althans de onderneming in de boedel valt, maar dat het hun wel vrijstond deze beginselen uitsluitend op grond van hun nationale wetgeving geheel of ten dele van toepassing te verklaren. Voorts besliste het Hof dat de Richtlijn wel toepasselijk was op een bedrijfsoverdracht indien de werkgever surseance van betaling is verleend.[168]

Richtlijn 77/187/EEG was destijds – collectief- en medezeggenschapsrechtelijke aspecten daargelaten – geïmplementeerd in de artikelen 7A:1639aa tot en met 1639dd BW. Deze artikelen bevatten geen uitzondering voor faillissementssituaties. Vraag bleef derhalve na het Abels-arrest wat uit dit stilzwijgen van de wetgever moest worden afgeleid. In 1987 heeft de Hoge Raad daaromtrent duidelijkheid verschaft.[169] Volgens de raad bestond geen reden om aan te nemen dat aan de indertijd geldende nationale regeling een verdergaande reikwijdte toekwam dan blijkens het oordeel van het Hof van Justitie aan de desbetreffende richtlijn moest worden toegekend.

In het kader van de hercodificatie van het burgerlijk recht werd de regeling inzake overgang van ondernemingen per 1 april 1997 overgebracht naar afdeling 8 van titel 7.10 NBW (art. 7:662 e.v. BW).[170] Afgezien van enkele redactionele aanpassingen, bracht de wetgever slechts één wijziging aan. In art. 7:666 lid 1 BW werd bepaald, dat de afdeling geen toepassing vond indien de vervreemdende werkgever in staat van faillissement was verklaard en de onderneming tot de boedel behoorde. Het artikel stelde buiten twijfel dat Nederland geen gebruik wilde maken van de door het Hof geboden mogelijkheid de regeling een ruimer toepassingsbereik te geven dan in de richtlijn voorzien was.[171]

In 2002 werd de regeling inzake overgang van onderneming aangepast aan de inmiddels tot stand gekomen Richtlijn 98/50/EG. Belangrijkste wijzigingen betroffen de introductie van een definitie van het begrip ‘overgang’, een nieuwe regeling voor de rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst, het opnemen van een verbod de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens de overgang in art. 7:670 lid 8 BW, de invoering van anti-misbruikbepalingen in de Faillissementswet (zie daarover § IV.3) en het opnemen van een informatieverplichting jegens de werknemers in ondernemingen zonder ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging. Omdat deze laatste regeling – overeenkomstig art. 7 van Richtlijn 2001/23/EG – ook geldt in

[168] HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900.
[169] HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191 (*Happé/Scheepstra*), m.nt. Stein. Zie eerder reeds CRvB 29 april 1986, *RSV* 1986/171.
[170] Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406.
[171] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 42

faillissementssituaties en de uitzondering moest worden uitgebreid tot het nieuwe ontslagverbod, werd tevens besloten tot een herformulering van art. 7:666. [172]

Faillissement is wel omschreven als een 'werkgeverswalhalla'.[173] Art. 7:666 BW brengt mee dat degene die een onderneming uit een failliete boedel overneemt, vrij is de daar werkzame werknemers al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te bieden (*'pick and choose'*). Treden werknemers in dienst bij de verkrijger, dan zijn de voorwaarden waaronder zij werken – gebondenheid aan een cao daargelaten – in beginsel vrij onderhandelbaar. De verkrijger wordt bovendien niet opgezadeld met de schulden van de vervreemder jegens zijn personeel. Is de vervreemder surseance van betaling verleend, dan zijn de artikelen 7:662 e.v. en art. 7:670 lid 8 BW onverkort van toepassing. Dit verschil is – naast het feit dat voor opzegging van arbeidsovereenkomsten toestemming van het UWV nodig blijft– de belangrijkste reden waarom een doorstart zelden vanuit surseance plaatsvindt en veelal wordt gekozen voor een overdracht van (een deel van) de onderneming na faillissement.[174]

Richtlijn 98/50/EG introduceerde mogelijkheden om het verschil tussen op liquidatie gerichte en andere insolventieprocedures te verkleinen. Lidstaten mogen ook voor dat laatste geval bepalen dat de reeds vóór de overgang of de insolventieprocedure bestaande schulden van de vervreemder voortvloeiend uit arbeidsovereenkomsten, niet overgaan op de verkrijger. Verder laat de gewijzigde Richtlijn toe ook in die situatie te bepalen dat tussen verkrijger en/of vervreemder enerzijds en vertegenwoordigers van werknemers anderzijds wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangebracht die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen en het voortbestaan van de onderneming te verzekeren. Deze mogelijkheden zijn thans neergelegd in artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG. Zij zijn niet overgenomen in het Nederlandse recht.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot aanpassing aan de gewijzigde richtlijn werd ten aanzien van de hiervoor gememoreerde mogelijkheden verwezen naar de tweede fase van het MDW-project 'Modernisering Faillissementswet'.[175] Een in dat kader ingestelde werkgroep zou zich onder andere over dit punt gaan buigen. Met betrekking tot de mogelijkheid wijziging in de arbeidsvoorwaarden overeen te komen, merkte de regering nog wel op dat het op grond van de huidige wetgeving reeds mogelijk is vóór of na de overgang van bedrijfsactiviteiten met de vakorganisaties te onderhandelen over een wijziging van arbeidsvoorwaarden teneinde de bedrijfsactiviteiten te continueren en een vermindering van de werkgelegenheid trachten te voorkomen.

Naar aanleiding van het eindrapport van genoemde MDW-werkgroep besloot de regering vervolgens eind 2001 om een commissie in te stellen die haar moest gaan

[172] De Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 241) heeft de in art. 7:666 BW opgenomen uitzondering uitgebreid tot de situatie waarin de werkgever een bank in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een verzekeraar in de zin van dat artikel is, ten aanzien van wie de noodregeling, bedoeld in afdeling 3.5.5 van die wet is uitgesproken, de rechtbank een machtiging als bedoeld in artikel 3:163, eerste lid, aanhef en onderdeel b heeft verleend, of indien de rechtbank een machtiging als bedoeld in artikel 3:163m, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van die wet heeft verleend en de bewindvoerders overgaan tot liquidatie. Deze bijzondere situaties blijven hierna buiten bespreking.

[173] B.F.M. Knüppe, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 53.

[174] Vgl. o.a. B.F.M. Knüppe (zie vorige noot) en P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 137-138.

[175] *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 7

adviseren bij de uitvoering van het door de werkgroep voorgestelde wetgevingsprogramma.[176] Deze laatste commissie, de Commissie Insolventierecht, presenteerde in 2007 een voorontwerp voor een Insolventiewet. Aan de mogelijkheden die art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG biedt, werd in dat voorontwerp en de daarbij behorende toelichting echter geen invulling gegeven.

IV.2 Valt een (voorbereide) doorstart onder de uitzondering?

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de jaren negentig van de vorige eeuw, heeft geleid tot een discussie in de literatuur over de vraag of de in art. 7:666 BW opgenomen uitzondering zich ook uitstrekt tot de situatie dat een curator de onderneming na het faillissement voortzet met het oog op een doorstart. Recent heeft deze discussie een nieuwe impuls gekregen door de introductie van de *pre-pack* in het Nederlandse recht. Zij lijkt mede geïnspireerd door de vrees van diverse schrijvers voor mogelijk misbruik van de faillissementsprocedure met het doel de werknemers van hun rechten te beroven (zie daarover uitgebreid § IV.3).

Degenen die de uitzondering voor faillissementsprocedures niet van toepassing achten op een doorstart, of daar in ieder geval vraagtekens bij plaatsen, [177] wijzen veelal op het arrest *Dethier/Dassy*, waarin het Hof van Justitie over de Belgische vereffeningsprocedure oordeelde dat bij het beantwoorden van de vraag wat het doel van de nationale insolventieprocedure is 'ook rekening [moet] worden gehouden met de modaliteiten van de betrokken procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de richtlijn' (zie daarover § II.2.2).[178] Zij leiden uit dit arrest af dat het formele doel van de insolventieprocedure niet doorslaggevend is voor de uitzondering en vermoeden dat het Hof die uitzondering voor op liquidatie gerichte insolventieprocedures niet van toepassing zal oordelen wanneer de activiteiten van ondernemingen tijdens faillissement feitelijk worden voortgezet met het oog op een doorstart (hetgeen bij een *pre-pack* als regel het geval is). De faillissementsprocedure heeft volgens deze auteurs ook niet meer uitsluitend het oog op het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij verwijzen zij naar jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit kan worden afgeleid dat de curator bij de uitoefening van zijn taak ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, dient te betrekken.[179] Verder memoreren zij de werknemersvriendelijke,

---

[176] *Kamerstukken II* 2001/02, 24 036, nr. 238.

[177] Zie reeds R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, diss. Amsterdam (UvA), 2000, p. 157; R.M. Beltzer & I. Zaal, Het voorontwerp Insolventiewet en het belang van de factor arbeid, *SMA* 2008, p. 192-194; J. van der Pijl, Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?, *ArbeidsRecht* 2013/38; Brief van de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014 (www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413, geraadpleegd d.d. 10 maart 2015); R.M. Beltzer, Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrecht-juristen, *FIP* 2014/360; J. van der Pijl, Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs, *FIP* 2014(8) 364; R.J. van der Ham, Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack, *ArbeidsRecht* 2014/28; P. Hufman & I. Zaal, De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen, *TAP* 2014/98.

[178] HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100 pt. 25.

[179] Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Maclou*).

‘materiële’ benadering van de Richtlijn door het Hof van Justitie,[180] op grond waarvan verwacht mag worden dat het Hof de in de Richtlijn opgenomen uitzondering voor op liquidatie gerichte insolventieprocedures niet formeel en beperkt zal uitleggen. Ten slotte wordt met betrekking tot de *pre-pack* verdedigd dat, het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement zijn gelegen, dat bepaald niet is uitgesloten dat de rechter tot de conclusie komt dat de regeling inzake overgang van onderneming wel degelijk van toepassing is. [181]

Andere auteurs kunnen zich niet in bovenstaande redenering vinden.[182] Zij voeren aan dat de faillissementsprocedure (nog steeds) in de eerste plaats gericht is op vereffening van de boedel. Doel is de liquidatie van de vennootschap die de onderneming drijft, ook bij een voorbereide doorstart. Voor een doorstart wordt slechts gekozen omdat de overdracht van (het onderdeel van) de onderneming als zodanig per saldo een betere prijs oplevert dan de verkoop van de losse onderdelen. Dat maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, gewicht in de schaal leggen, doet volgens deze schrijvers niet af aan het primaire doel van de faillissementsprocedure. Met betrekking tot de stelling dat in geval van een *pre-pack* de overname reeds vóór de faillietverklaring gestalte krijgt, wordt benadrukt dat de transactie pas daarna plaatsvindt. Gelet op het Celtec-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is voor de vaststelling van het tijdstip van de overgang beslissend wanneer de hoedanigheid van ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder overgaat op de verkrijger.[183] Het gaat om het moment waarop de verkrijger daadwerkelijk de beschikking krijgt over de middelen die noodzakelijk zijn om de onderneming te kunnen voortzetten of hervatten.[184] Dat moment is bij een *pre-pack* – net als bij andere doorstarts – als regel gelegen na de faillietverklaring. [185] Voor zover sprake is van misbruik van de faillissementsprocedure met het doel de werknemers van hun rechten te beroven, vergt dit volgens diverse schrijvers een fijnzinniger benadering dan het volledig van toepassing verklaren van art. 7:662 e.v. BW op (vóór de faillietverklaring voorbereide) doorstarts.

[180] Zie o.a. HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298 (*Albron*).

[181] Steun voor deze opvatting is te vinden in Hof ’s-Gravenhage 26 november 2004, *LJN* AR8066 en CRvB 29 juni 2005, *USZ* 2005/325 inzake het faillissement van Alphacare Thuiszorg. Ook een recente uitspraak van de Ktr. Leeuwarden (vzr.) 22 augustus 2008, *JAR* 2014/234, m.nt. Hufman, waarin het aansturen op voortzetting van de werkzaamheden met dezelfde bedrijfsmiddelen en (een deel van het) personeel niet onder art. 7:666 BW werd begrepen, lijkt het standpunt van de hier bedoelde schrijvers te ondersteunen. Bij de redenering van de kantonrechter zijn echter de nodige kanttekeningen te plaatsen. Bovendien vond in deze zaak de transactie plaats buiten de curator om. Vgl. J.M. Hummelen in zijn noot onder *JOR* 2014/315; S.S.M. Peters, Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche, *Annotaties AR* 2014-0822.

[182] Zie M.R. van Zanten, Aan het werk met de pre-pack!, *ArbeidsRecht* 2013/47; E. Loesberg, Hoe gaat het met de pre-pack?, *TOP* 2014 (4), 309; F.M.J. Verstijlen, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’, Zutphen: Paris 2014, p. 53-61; L.G. Verburg, De doorstart in faillissement en het debiet van ‘662’, *FIP* 2014(8), 361; P. Schaink, Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter, *TvI* 2015/16. Vgl. Slotbrief Commissie Insolventierecht, Nijmegen, 23 juli 2009, p. 14.

[183] HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205.

[184] Vgl. CRvB 26 mei 1992, *RSV* 1992/309.

[185] E. Loesberg, Hoe gaat het met de pre-pack?, *TOP* 2014 (4), 309 wijst er o.i. terecht op dat de werknemers mogelijk wel van rechtswege in dienst treden van de verkrijger, wanneer de stille bewindvoerder zich aan de doorstart committeert vóórdat de schuldenaar failliet is verklaard. Zie ook Rb. Utrecht 9 december 1992, *JAR* 1993/57. Vgl. P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 128. Anders: F.M.J. Verstijlen, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’, Zutphen: Paris 2014, p. 60.

IV.3 Misbruik

IV.3.1 Vernietiging van het faillissement: art. 13a Fw

Omdat Nederland de beginselen van Richtlijn 2001/23/EG niet toepast op een overgang van (een onderdeel van) de onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en ook een aantal andere werknemersbeschermende bepalingen in dat geval zijn uitgeschakeld, kan de verleiding groot zijn om via een faillissement op relatief eenvoudige en goedkope wijze een herstructurering van de onderneming te bewerkstelligen. Misbruik van faillissementsrecht ligt derhalve op de loer.

De Richtlijn verplicht de lidstaten in art. 5 lid 4 om de nodige maatregelen te treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in de Richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Als uitvloeisel daarvan werd op 1 juli 2002 art. 13a Fw ingevoerd.[186] Dit artikel is van toepassing wanneer het faillissement wordt vernietigd. Voor dat geval bepaalt art. 13 Fw, dat door de curator verrichte handelingen geldig en voor de schuldenaar verbindend blijven. In afwijking van deze algemene regel geldt op grond van art. 13a Fw voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator, dat deze na vernietiging van het faillissement met terugwerkende kracht wordt beheerst door de regels die van toepassing zijn buiten faillissement.[187] De betrokken werknemer kan in zo’n geval veelal een beroep doen op de vernietigbaarheid van de opzegging vanwege het ontbreken van toestemming van het UWV. In plaats daarvan kan hij er ook voor kiezen schadevergoeding te vorderen uit hoofde van de kennelijke onredelijkheid en/of onregelmatigheid van de opzegging.[188] De voor de wettelijke ontslagbescherming geldende verval- en verjaringstermijnen vangen pas aan op het moment dat het faillissement wordt vernietigd. Ten slotte kan de werknemer na de vernietiging van het faillissement nakoming vragen van een eerder (al dan niet collectief) overeengekomen afvloeiingsregeling.[189] Na invoering van het nieuwe ontslagrecht zal de werknemer die in de hier bedoelde situatie geen vernietiging van de opzegging verzoekt, aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding. De uitzondering van art. 7:673c BW is dan immers met terugwerkende kracht weggevallen.

In het oorspronkelijke voorstel voor art. 13a Fw was de regeling gekoppeld aan de vernietiging van de faillietverklaring op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer. Bij amendement is deze beperking vervallen.[190] Nu brengt derhalve elke vernietiging, om welke reden dan ook, mee dat de opzegging door de curator met terugwerkende kracht is

---

[186] Wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002, 215.

[187] Andere (rechts)handelingen van de curator jegens de werknemer, alsmede de gevolgen daarvan, worden door de vernietiging van het faillissement niet aangetast. Vgl. P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 142.

[188] De opzegging zal in deze gevallen onregelmatig zijn, wanneer de door de curator op grond van art. 40 lid 1 Fw in acht genomen opzegtermijn korter is dan de termijn buiten faillissement. De vernietiging van het faillissement maakt de opzegging op zichzelf beschouwd nog niet kennelijk onredelijk. Zie HR 6 december 2002, *JAR* 2003/16 (*Punte/Isa*).

[189] HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662 (*Van Gelder Papier*), m.nt. Van Schilfgaarde (zie daarover § III.2.4) is dan immers niet van toepassing.

[190] *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 11. Zie daarover: J.W. Loman, Vernietiging van faillissement en overgang van onderneming: een amendement te ver, *ArbeidsRecht* 2002/26

onderworpen aan de buiten faillissement geldende wettelijke en contractuele ontslagregels.[191] De wettelijke regeling biedt derhalve meer bescherming dan door de Richtlijn is voorgeschreven.

De totstandkomingsgeschiedenis van art. 13a Fw leert dat de regering ervan uitging dat een werknemer die na de vernietiging van het faillissement een beroep doet op de vernietigbaarheid van de opzegging, van rechtswege in dienst is gekomen van de verkrijger.[192] Ook de literatuur neemt dat veelal aan.[193] Sommige auteurs plaatsen daar echter vraagtekens bij.[194] Een transactie tussen de curator en de verkrijger die voor de vernietiging van het faillissement heeft plaatsgevonden, wordt niet getroffen door art. 13a Fw. Daarvoor blijft gelden de algemene regel van art. 13 Fw, dat de door de curator verrichte handelingen geldig en voor de schuldenaar verbindend blijven. Genoemde schrijvers achten daarmee moeilijk te rijmen, dat de buiten faillissement geldende rechtsgevolgen van art. 7:662 e.v. BW in dat geval wel van toepassing zijn. Zij bepleiten bescherming van de koper te goeder trouw.

De werknemer kan – net als elke andere belanghebbende – gedurende acht dagen na de dag waarop het faillissement is uitgesproken, in verzet komen tegen de faillietverklaring (art. 10 Fw).[195] Wordt dit verzet gehonoreerd, dan wordt het faillissement vernietigd en kan de werknemer zich op art. 13a Fw beroepen.[196] De verzetsmogelijkheid staat ook open voor de ondernemingsraad[197] en de bij de onderneming betrokken vakorganisaties.[198]

Jurisprudentie over art. 13a Fw is beperkt. Waarschijnlijk nemen curatoren hangende het derdenverzet een afwachtende houding aan en wordt een bedrijfsovername gedurende die periode vooralsnog niet geëffectueerd. Mogelijk dat art. 13a Fw vaker in stelling zal worden gebracht tegen een *pre-pack,* omdat de onmiddellijke voortzetting van de exploitatie van de onderneming daarin essentieel is.[199]

De wet van 2002 hield, naast de introductie van art. 13a, ook wijzigingen in van art. 5, art. 67 en art. 72 Fw, alle bedoeld om de positie van de werknemer bij ontslag door de curator te versterken. Zij kwamen reeds aan de orde in § III.2.1. De effectiviteit van deze

---

[191] De regel is ook van toepassing indien een ander dan de schuldenaar het faillissement heeft aangevraagd. Anders zou de schuldenaar haar kunnen ontduiken door een bevriende schuldeiser te verzoeken het faillissement aan te vragen: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, 3, p. 17.

[192] *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, 3, p. 17*; Kamerstukken I* 2001/02, 27 469, nr. 163, p. 9. Het is overigens niet duidelijk of dit standpunt van de regering alleen geldt voor een situatie waarin sprake is van misbruik van bevoegdheid.

[193] Zie bijv. R.M. Beltzer & J. van der Pijl, in: *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, 3de druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 232.

[194] Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 296. Zie ook E. Loesberg, De voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet als gevolg van Richtlijn 98/50/EG: een stille revolutie?, *TvI* 2001/5, p. 159 en S.S.M. Peters, Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche, *Annotaties AR* 2014-0822.

[195] In de procedure bestaat echter nauwelijks mogelijkheid voor nader onderzoek en bewijsvoering. Zie onder meer Hof ’s-Gravenhage 29 november 2011, *LJN* BU8490.

[196] Peters verdedigt dat tot een vergelijkbare uitkomst kan worden gekomen door een beroep te doen op het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) ‘sec’. Zie S.S.M. Peters, Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche, *Annotaties AR* 2014-0822.

[197] Vgl. HR 6 juni 2001, *JOR* 2001/146 (*OR/YVC IJsselwerf*), m.nt. Kortmann; zie ook de conclusie van A-G Mok voorafgaand aan deze beschikking onder 3.3.

[198] Rb. Arnhem 16 februari2004, *JOR* 2004/209, m.nt. Loesberg; Rb. Arnhem 3 maart 2004, LJN AO4857; R.H. van het Kaar, Insolventie en arbeid, *TvI* 2004/5, p. 216.

[199] Vgl. P. Schaink, Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter, *TvI* 2015/16.

maatregelen in het kader van de bestrijding van misbruik, wordt in de literatuur in twijfel getrokken.[200] Vernietiging van de opzegging door de curator omdat een machtiging van de rechter-commissaris ontbreekt, of omdat deze is vernietigd, heeft bij een overgang van onderneming tijdens faillissement niet tot gevolg dat de werknemer in dienst komt van de verkrijger. Daarvoor is, gelet op art. 13 en art. 13a Fw, ten minste nodig dat ook het faillissement wordt vernietigd. Als dat gebeurt, zal de werknemer veelal al een beroep kunnen doen op een andere vernietigingsgrond (te weten: het ontbreken van een ontslag-vergunning of het bijzonder opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW). Art. 72 lid 2 Fw heeft derhalve nauwelijks toegevoegde waarde.

IV.3.2 Onrechtmatige daad

Misbruik van faillissement kan ook grond vormen voor een actie uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder en/of de aandeelhouder(s) van de failliete vennootschap. [201] Dit gebeurde voor het eerst in de *Ammerlaan*-zaak. In deze zaak ging het om een werkgever die zich tot de kantonrechter wendde om ontbinding te verkrijgen van de arbeidsovereenkomst met zijn werknemers, onder toekenning van een geringe afvloeiingsvergoeding. Toen de kantonrechter te kennen gaf dat de verzoeken onvoldoende waren onderbouwd en om nadere inlichtingen vroeg, besloot de buitengewone algemene vergadering van aandeel-houders het eigen faillissement aan te vragen. Werknemers tekenden verzet aan, aanvankelijk zonder succes. Het Hof oordeelde in hoger beroep echter dat onder deze omstandigheden moest worden aangenomen dat de ondernemer het eigen faillissement had aangevraagd met het vooropgezette doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming waarop de werknemers aanspraak hadden, en dat zulks misbruik van bevoegdheid opleverde. Het misbruik kon destijds vanwege art. 13 Fw – art. 13a Fw was nog niet ingevoerd – niet leiden tot een vernietiging van de door de curator verrichte opzeggingen. De directeur/aandeelhouder werd echter wel persoonlijk aansprakelijk geacht jegens de werknemers.[202]

Ook in de zaak *De Boek* tegen *Van Gorp* concludeerde de rechter tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. In dit geval werd een maand voor het faillissement nog een ontbindingsverzoek van de werkgever door de kantonrechter afgewezen. Deze besloot vervolgens het eigen faillissement aan te vragen. Zeven dagen na het faillissement werd door degene die de volledige zeggenschap had, een nieuwe onderneming opgezet waarin nagenoeg dezelfde activiteiten werden verricht, maar zonder de betrokken werknemer. De rechter oordeelde in deze zaak dat de bestuurder de bevoegdheid tot het aanvragen van het eigen faillissement had uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor die is verleend, te weten met als vooropgezet doel te bewerkstelligen dat de onderneming feitelijk op de oude voet zou worden voortgezet, evenwel zonder de werknemer en zonder dat deze de normale arbeidsrechtelijke bescherming werd geboden. De Hoge Raad

[200] Vgl. A.P.K. Luttikhuis, De gewijzigde hogerberoepsprocedure ex art. 67 lid 2 Fw: werknemer dubbel de klos, *TvI* 2003, p. 103 en J.M. Rommers & M.C. van Oostveen, Artikel 67 lid 2 en 72 lid 2 Fw: wie volgt het nog?, *TvI* 2003, p. 283. Zie ook Commissie Insolventierecht, *Toelichting voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 92.

[201] Ook een onrechtmatige-daadsactie tegen de vennootschap is niet uitgesloten. Dit levert echter slechts een concurrente vordering op.

[202] Hof 's-Gravenhage, 10 januari 1996, *JOR* 1996/16, m.nt. Kortmann; Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 januari 1996, *JAR* 1996/58.

verwierp het daartegen gerichte cassatieberoep.[203] Het oordeel van het hof gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de door de bestuurder aangevoerde omstandigheden, welke in het algemeen een rechtvaardiging voor een faillissementsaanvrage zouden hebben kunnen vormen. Met dit laatste arrest lijkt de Hoge Raad te aanvaarden dat voor misbruik niet vereist is dat het faillissement is aangevraagd met het *uitsluitende* doel de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen.[204]

IV.3.3 Gebruik of misbruik?

Advocaat-Generaal Spier meent in een conclusie uit 2014 de rechtspraak van de Hoge Raad aldus te kunnen samenvatten, dat van misbruik (vooral) sprake is als de faillissements-aanvraag wordt gedaan met het vooropgezette doel om van één of meer werknemers af te komen en hen aldus van de wettelijke bescherming te versteken.[205] Hij verwijst met instemming naar zijn ambtgenoot Langemeijer, die er in zijn conclusie voor het arrest in de zaak *FNV/Multi-Terminals Waalhaven*[206] op wijst dat de financiële toestand van de onderneming zodanig kan zijn

> *'dat zij verkeert – of naar verwachting binnenkort zal verkeren – in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, ongeacht of de bedrijfsactiviteiten nu wel of niet in een andere onderneming worden voortgezet. In dat geval is de doorstart vaak een kwestie van redden wat er nog te redden valt.'*

En verderop:

> *'Wanneer [de rechter] tot het oordeel komt dat de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied teneinde daarmee de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te omzeilen (m.a.w.: achterwege zou zijn gebleven indien dat voordeel niet had kunnen worden bereikt) heeft de rechter m.i. de vrijheid te oordelen dat de aanvrager van het faillissement misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.'*

Misbruik kan aan de orde zijn in gevallen van geregisseerde of voorgewende betalings-onmacht. [207] Vaak is echter sprake van een reële faillissementssituatie. Dat de aanvraag in deze gevallen *mede* ten doel heeft de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen, en aldus een doorstart (onder voor de schuldeisers gunstiger condities) mogelijk te maken, wordt voor misbruik niet voldoende geacht.[208] Het is dan ook niet vreemd dat slechts in een (zeer) beperkt aantal gevallen het beroep op dat leerstuk door de rechter werd gehonoreerd.[209]

---

[203] HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166.

[204] M.L. Lennarts & S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/2, p. 115.

[205] ECLI:NL:PHR:2014:582.

[206] HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/168.

[207] Vgl. Rb. Den Haag 15 oktober 2014, *JAR* 2015/4. Zie over geregisseerde of voorgewende betalingsonmacht ook: F.M.J. Verstijlen, Van misbruik van faillissements- en rechtspersonenrecht, *TvI* 2002/2, p. 57-59 en M.L. Lennarts & S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/2, p. 116.

[208] Een beroep op misbruik werd onder meer afgewezen in Hof Amsterdam 18 juli 2000, *JOR* 2000/183; Hof 's-Gravenhage 9 juli 2002, *JAR* 2002/204; Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, *JOR* 2005/109; Rb. Zeeland-West-Brabant 17 april 2013, *LJN*

Misbruik

Over de precieze omvang van het probleem bestaat onduidelijkheid. Volgens een onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut uit 1996 was in ten minste één op de vijf gevallen van doorstart na faillissement sprake van 'oneigenlijk gebruik', in die zin dat het faillissement in belangrijke mate wordt gebruikt om zich te ontdoen van een bepaald deel van het personeel.

R. Knegt, *Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet,* Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, 1996.

In 2005 constateerden onderzoekers van hetzelfde instituut dat in 5,5 procent van de dossiers verplichtingen uit duurovereenkomsten een reden waren geweest voor het aanvragen van het faillissement (met name het overschot aan personeel). Zij merken echter tevens op dat een doorstart in veel gevallen een volstrekt legitieme strategie kan zijn om ten minste een deel van de onderneming van de ondergang te behoeden. In slechts één van de onderzochte gevallen gaf de curator in het verslag aan dat het bedrijf het ook zonder faillissement zou hebben gered. Conclusie van het HSI was dat in het algemeen ten aanzien van misbruik en doorstart nauwelijks hard kan worden gemaakt dat sprake is van een wijdverbreid fenomeen.

R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigenburg & I. Zaal*, Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding,* Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, 2005.

Deze conclusie wordt bevestigd door Luttikhuis. Zij stelde in haar dissertatie vast dat in slechts 6,3% van de in 2004 beëindigde faillissementen een gehele of gedeeltelijke doorstart had plaatsgevonden. In deze gevallen was circa 55% van de werknemers mee overgegaan. Mede gelet op het grote aantal reorganisaties buiten faillissement, concludeerde Luttikhuis dat bedrijven de Fw niet in groten getale gebruiken, laat staan misbruiken, om zich van werknemers te ontdoen.

A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery. De weg naar effectief insolventierecht,* diss. Tilburg 2007

IV.4 Alternatieven en suggesties

Art. 7:666 BW leidt er volgens diverse auteurs in de praktijk toe dat wordt gekozen voor een ('technisch') faillissement in gevallen waarin een buitengerechtelijke reorganisatie ook een optie was. De oorzaak daarvoor ligt volgens de meesten in het grote verschil tussen de bescherming van werknemers in faillissement en daarbuiten. Dat verschil zou derhalve moeten worden heroverwogen. Over de vraag hoe die heroverweging dient uit te vallen, is de literatuur echter verdeeld.

BZ8133. Zie voor een geslaagd beroep op misbruik, naast de in de hoofdtekst besproken zaken, HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/168 (*FNV/Multi-Terminals Waalhaven*) en Rb. 's-Gravenhage 12 juni 2013, *JAR* 2013/171.

[209] Vgl. H. Biesheuvel, Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief, *TvI* 2010 (4), p. 114 e.v.

Sommigen zoeken de oplossing in een opwaartse bijstelling van de werknemersbescherming in faillissement. Tot deze groep behoort de Commissie Insolventierecht.[210] Zij stelt dat door het opheffen van de verschillen in ontslagbescherming binnen en buiten de insolventieprocedure, strategisch gedrag dat aanstuurt op een insolventie om ontslag van werknemers te vergemakkelijken kan worden tegengegaan. Een bepaling als art. 13a Fw zou daardoor overbodig worden.[211] Nadere beschouwing leert echter dat de gelijkschakeling in het voorstel van de commissie beperkt blijft tot de lengte van de door de curator in acht te nemen opzegtermijn en de aanspraken van de werknemer op uitbetaling van de vóór het faillissement overeengekomen vergoeding. Andere beperkingen van de werknemersbescherming, zoals de uitzondering op het toestemmingsvereiste van het UWV en de niet-toepasselijkheid van de bijzondere opzegverboden én de regeling betreffende overgang van ondernemingen, zouden ook in de voorstellen van de commissie blijven bestaan.[212] De commissie erkent in haar slotbrief dan ook dat in de door haar voorgestelde unitaire procedure insolventverklaring kan worden gebruikt om zich betrekkelijk eenvoudig van personeel te ontdoen. De commissie beveelt daarom alsnog aan een met art. 13a Fw vergelijkbare bepaling op te nemen, met dien verstande dat het daar bedoelde rechtsgevolg niet van rechtswege zou moeten intreden, maar afhankelijk van een daartoe zo nodig ambtshalve te nemen beslissing van de rechter die de vernietiging van de insolventverklaring uitspreekt.[213]

Een groot aantal, voornamelijk arbeidsrechtelijk georiënteerde schrijvers meent – vaak onder verwijzing naar het Duitse recht – dat het van toepassing verklaren van de beginselen van Richtlijn 2001/23/EG op een overgang van (een onderdeel van) de onderneming na faillissement uitkomst kan bieden. Daarbij wordt veelal tevens gewezen op de mogelijkheden die art. 5 lid 2 van de Richtlijn biedt om de gevolgen van de overgang van rechtswege te beperken. Om een doorstart te bevorderen zonder de *paritas creditorum* te verstoren, zou de wetgever moeten bepalen dat de schulden aan het zittende personeel niet op de verkrijger overgaan en dat de bestaande arbeidsvoorwaarden door de verkrijger, na instemming van de vakbonden, naar beneden kunnen worden bijgesteld. Verder wijzen diverse auteurs erop dat toepassing van de regeling betreffende overgang van ondernemingen niet in de weg hoeft te staan aan een sanering van de onderneming. Verkeert de onderneming daadwerkelijk in betalingsmoeilijkheden, dan zal immers veelal sprake zijn van economische redenen die gevolgen hebben voor de werkgelegenheid. Art. 4 van de Richtlijn laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open op die grond ontslag te verlenen.[214]

Anderen gaan minder ver. Deze schrijvers pleiten voor een neerwaartse bijstelling van de werknemersbescherming tijdens de surseance. Zij vinden het een 'gemiste kans' dat

[210] Waarbij hier gemakshalve buiten beschouwing wordt gelaten dat de door de commissie unitaire procedure niet alleen het faillissement, maar ook de surseance verving. Ten opzichte van laatstgenoemde procedure was sprake van een verslechtering.
[211] Zie Commissie Insolventierecht, *Toelichting voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 22, p. 67 en p. 92-93.
[212] Vgl. o.a. A.T.J.M. Jacobs, in: Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 223.
[213] Slotbrief Commissie Insolventierecht, Nijmegen, 23 juli 2009, p. 14-15.
[214] Zie o.a. P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van* onderneming, Deventer: Kluwer 1999, p. 127-132; A.T.J.M. Jacobs & R.D. Vriesendorp, *Werknemersrechten in faillissement. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: BJu 2000, p. 71; G.J.J. Heerma van Voss, De positie van de werknemer bij insolventie en overgang van onderneming, in: *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 235-236; A.J.C. Theunissen, *De overgang van insolvente ondernemingen*, Tilburg: Celsus 2009, p. 161; P. Hufman & I. Zaal, De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen, *TAP* 2014/98; R.M. Beltzer, Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrecht-juristen, *FIP* 2014/360.

de wetgever de door de gewijzigde Richtlijn geboden mogelijkheden niet heeft gebruikt binnen de context van de surseance. Aldus zou in die insolventieprocedure meer creatief kunnen worden gesaneerd en zou tenminste enige correctie plaatsvinden op de zeer grote verschillen tussen surseance van betaling, waarin de complete wettelijke batterij van werknemersbeschermende bepalingen is gehandhaafd, en faillissement, waarin deze geheel is geëlimineerd.[215] Sommigen koppelen aan dit pleidooi de wens de toegang tot het faillissement te beperken. [216]

INSOLAD hoort ook tot deze groep. Zij bepleit echter uitsluitend een aanpassing van het ontslagrecht in de surseance. Dit zou in hoofdlijnen op dezelfde wijze vorm moeten worden gegeven als in faillissement (zie ook § III.5).[217] Opmerkelijk is dat de vereniging geen aandacht besteedt aan de mogelijkheden die art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG biedt. Gebruikmaking van die mogelijkheden zou de verschillen tussen faillissement en surseance immers verder kunnen verkleinen.

Luttikhuis gaat weer een stapje verder met haar pleidooi voor faciliteiten in het arbeidsrecht voor insolvente bedrijven, ongeacht of er sprake is van een insolventieprocedure. Het zou dan moeten gaan om een verlicht regime (minder ontslagbelemmeringen en een beperking van het recht op ontslagvergoedingen).[218] Deze oplossingsrichting heeft echter– naast het feit dat zij misbruik niet uitbant, omdat het mogelijk blijft om insolventie voor te wenden - als nadeel de onzekerheid die over de status van de onderneming bestaat totdat daarover door de rechter onherroepelijk uitspraak is gedaan.

Een oplossing voor de problematiek van misbruik en oneigenlijk gebruik wordt verder wel gezocht in een versterking van de rol van de medezeggenschap in de faillissementsprocedure. Zie daarover § VI.5. Tevens worden diverse suggesties gedaan, die gericht zijn op het terugdringen van faillissementsfraude in het algemeen. Dergelijke voorstellen kunnen uiteraard ook worden ingezet om onterechte aantasting van de positie van werknemers te voorkomen.[219]

[215] B.F.M. Knüppe, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 56; P.R.W. Schaink & H. Smolders, Faillissementstrends (3), *ArbeidsRecht* 2005/3.
[216] J.C.M.G. Bloemarts, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 77.
[217] INSOLAD, *Toelichting op het INSOLAD ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling*, p. 7-8 en 26-27.
[218] A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery. De weg naar effectief insolventierecht*, diss. Tilburg 2007, p. 62 e.v.
[219] Zie bijv. R. Knegt, R.J. Popma, I. Zaal, Faillissementsfraude en de rol van de curator, *TvI* 2006, p. 78 e.v. die pleiten voor een actievere rol van de curator.

V. Na de overname

V.1 Inleiding

Zoals hiervoor al opgemerkt brengt art. 7:666 BW mee dat degene die een onderneming uit een failliete boedel overneemt, vrij is daar werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Als hij dat doet, mag hij in beginsel zelf beslissen wie hij in dienst neemt en wie niet, en is hij niet gebonden aan de arbeidsvoorwaarden die de vervreemder met de betrokken werknemers is overeengekomen. De curator kan wel bedingen dat de koper niet alleen de activa, maar ook (een bepaald deel van) het personeel (tegen de oude voorwaarden) in dienst neemt. Een dergelijk beding strekt er in de regel toe rechtstreekse (rechts)betrekkingen tussen de werknemers en de verkrijgende partij in het leven te roepen, ook als dat niet expliciet aldus is uitgedrukt.[220] Het zal derhalve gelden als een derdenbeding, waarop de (voormalige) werknemers zich ten opzichte van de verkrijger rechtstreeks kunnen beroepen (art. 6:253 BW).

Neemt de verkrijger de werknemer in dienst, dan kan de arbeidsovereenkomst of de diensttijd die de werknemer bij de failliet heeft gehad, relevant zijn voor zijn rechtspositie bij de verkrijger. Deze 'doorwerking' kan op verschillende onderdelen tot uitdrukking komen. Hierna komen aan de orde: ancienniteit bij het bepalen van de ontslagvolgorde, de berekening van de door de verkrijger in acht te nemen opzegtermijn, de berekening van de door deze verschuldigde ontslagvergoeding, de mogelijkheid tot het aangaan van een proeftijd en de regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (de 'ketenregeling'). Aan het slot staan wij stil bij de inhoud van een begrip dat bij de doorwerking vaak een rol speelt, 'opvolgend werkgeverschap', en de wijzigingen die dit begrip bij de Wet werk en zekerheid zal ondergaan.

V.2 Ontslagvolgorde

Een enkele auteur heeft zich op het standpunt gesteld dat de diensttijd doorgebracht bij de failliet mee dient te tellen bij de vaststelling van de anciënniteitsvolgorde wanneer de nieuwe werkgever op enig moment tot een bedrijfseconomisch ontslag overgaat.[221] De rechtspraak over dit onderwerp is beperkt. In 2003 oordeelde de Kantonrechter te Lelystad dat bij de bij de failliet opgebouwde diensttijd werd meegenomen.[222] Het Hof Den Bosch kwam in 2006 echter tot de conclusie dat de werknemer zich bij de vaststelling van zijn anciënniteit, gelet op art. 7:666 BW, niet op de diensttijd bij de failliet kan beroepen.[223] Ook het UWV acht het blijkens zijn beleidsregels redelijk om bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel uitsluitend uit te gaan van de arbeidsovereenkomst(en) met de verkrijger.[224] Aldus beoogt het UWV te voorkomen dat drempels worden opgeworpen die de verkrijger ervan kunnen weerhouden een werknemer van de failliet in dienst te nemen.

---

[220] HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 499 (*Taxicentrale Middelburg/Gesink*), m.nt. Du Perron.
[221] E. Loesberg, Arbeidsrechtelijke aspecten van doorstart tijdens faillissement, *TOP* 2007 (1), p. 32.
[222] Ktr. Lelystad 18 juni 2003, *JAR* 2003/174.
[223] Hof Den Bosch 21 maart 2006, *JAR* 2006/241.
[224] Zie paragraaf 8 van hoofdstuk 13 van de Beleidsregels Ontslagtaak.

V.3 Berekening opzegtermijn

In bepaalde gevallen is voor de door deze werkgever in acht te nemen opzegtermijn niet alleen de lopende arbeidsovereenkomst van belang, maar moet ook rekening worden gehouden met de duur van de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst(en). Dat is onder meer het geval wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op grond van de ketenregeling van rechtswege wordt omgezet in een onbepaalde-tijdcontract (art. 7:668a lid 4 BW).[225] Omdat voor de beoordeling van het conversiemoment niet alleen bepaalde-tijdovereenkomsten tussen dezelfde partijen meetellen, maar ook de arbeidsovereenkomsten van de werknemer met eerdere werkgevers, althans indien de huidige werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid als opvolger moet worden beschouwd (zie ook hierna), kan deze regel ook van belang zijn voor de doorstarter die één of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd sluit met het zittende personeel.

De wet kende tot 1999 een algemene voorziening op grond waarvan ook elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd voor de berekening van de opzegtermijn als één ononderbroken arbeidsovereenkomst moesten worden beschouwd. Dit gold ook wanneer de werknemer achtereenvolgens in dienst was geweest bij verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht moesten worden elkanders opvolger te zijn (art. 7:673 (oud) BW). Deze algemene voorziening is met de Wet Flexibiliteit en zekerheid uit het BW verdwenen. Wordt een werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst was bij de failliet door de doorstarter voor onbepaalde tijd in dienst genomen, dan is bij een strikte wetstoepassing de diensttijd vóór het faillissement derhalve niet relevant voor de berekening van de door laatstgenoemde in acht te nemen opzegtermijn, ook niet wanneer de verkrijger als een opvolgend werkgever moet worden beschouwd. Dit resultaat verhoudt zich moeizaam met de hiervoor besproken regeling van art. 7:668a lid 4 BW, die van toepassing is wanneer een opvolgende werkgever met het zittende personeel een bepaalde-tijdcontract aangaat dat op zeker moment wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De wetgever lijkt zich ook niet bewust te zijn geweest van een beperking van de rechten van de werknemer op dit punt. Wellicht dat de rechter daarom in de hier bedoelde gevallen toch zal uitgaan van een doorlopende arbeidsovereenkomst.[226] Rechtspraak ontbreekt.

V.4 Berekening ontslagvergoeding

De opgebouwde anciënniteit speelt ook een rol bij de vraag of een ontslagvergoeding verschuldigd is en zo ja, hoe hoog deze moet zijn. In kennelijk-onredelijk-ontslagprocedures wordt die diensttijd in recente zaken niet zozeer als een zelfstandige berekeningsfactor aangemerkt, maar wel betrokken in het algehele billijkheidsoordeel.[227] Bij het vaststellen

---

[225] Dit kan ook aan de orde zijn wanneer de zogenoemde 'Ragetlie-regel' van art. 7:667 lid 4 en lid 5 BW van toepassing is. Omdat de arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemer als regel rechtsgeldig is opgezegd door de curator, zal deze regel in doorstartsituaties veelal geen rol spelen.

[226] Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 342, met verwijzing naar Kamerstukken *II* 1998/99, 26 257, nr. 12, p. 20, waar de minister, zonder nadere motivering, verdedigt dat de rechter aldus zou kunnen beslissen.

[227] Vgl. P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 181, met verwijzing naar Hof Den Bosch 21 maart 2006, *JAR* 2006/241 en Hof Leeuwarden 2 november 2010, *LJN* BO3736, BO3737 en BO4524.

van de vergoeding bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, wordt als regel de kantonrechtersformule (AxBxC) gehanteerd. Als het gaat om het meetellen van de diensttijd die bij de failliet is doorgebracht bij de vaststelling van de A-factor (gewogen dienstjaren), is de rechtspraak wisselend.[228]

De per 1 juli 2015 in te voeren transitievergoeding is niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard of aan hem surseance van betaling is verleend. Dit kwam reeds ter sprake in § III.2.4. Wordt de onderneming door een derde van de sursiet of failliet overgenomen, dan gaat de diensttijd doorgebracht bij de failliet toch weer een rol spelen. Voor de transitievergoeding geldt namelijk dat bij opvolgend werkgeverschap arbeidsovereenkomsten doorgebracht bij de opgevolgde werkgever meetellen bij de bepaling van de hoogte van de transitievergoeding. Daarvoor is niet vereist dat de laatstgenoemde werkgever bij het eindigen van het dienstverband een transitievergoeding verschuldigd was.[229] Dit betekent dat bij een doorstart de verschillende periodes in beginsel moeten worden samengeteld. Dit wordt ook bevestigd in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.[230] Dit kan voor de doorstarter reden zijn om strenger te selecteren op anciënniteit bij het overnemen van personeel.[231]

V.5 Proeftijd

Een proeftijdbeding kan niet worden opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en dezelfde werknemer, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist dan de vorige arbeidsovereenkomst. Een nieuwe 'kennismakingsperiode' met zeer beperkte ontslagbescherming wordt in deze gevallen niet op zijn plaats geacht, omdat de werkgever reeds gedurende de vorige arbeidsovereenkomst voldoende inzicht heeft kunnen verwerven in de geschiktheid van de werknemer. Deze regel werd ingaande 1 januari 2015 in art. 7:652 lid 8, aanhef en onder *d*, BW neergelegd. Zij vormt een codificatie van jurisprudentie van de Hoge Raad.[232]

Op grond van het tegelijkertijd ingevoegde onderdeel *e* van genoemde bepaling is het bedingen van een proeftijd evenmin geoorloofd in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn. Ook deze uitzondering op de mogelijkheid een proeftijd te bedingen is een codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad.[233] Onder omstandigheden zal de verkrijger als opvolgend werkgever van de failliet worden beschouwd. Zie ook hierna. In dat geval heeft

[228] Vgl. A. Avci, & B.H.E. Veldmaat, Dobbelen met factor A na doorstart vanuit faillissement, *ArbeidsRecht* 2009/44 en P. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 178 e.v, met diverse verwijzingen.

[229] *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 96.

[230] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 111-112. Vgl. J. van der Pijl, Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs, *FIP* 2014(8) 364. De aftrekregeling van art. 7:673 lid 5 biedt voor deze situatie geen uitkomst omdat deze slechts ziet op het geval dat een transitievergoeding is betaald of een gelijkwaardige voorziening is verstrekt.

[231] Vgl. S. Jansen & S.W.G. Wolters, Wet werk en zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk, *FIP* 2014(6) 368.

[232] Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 16 en p. 90 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p 102, met verwijzing naar onder meer HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*) en HR 8 mei 1992, *NJ* 1992, 480 (*Ozkan/Van Summeren*).

[233] Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 90, met verwijzing naar onder meer HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (*Slijkoord/Hekkema*), m.nt. Stein; HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (*Wareman/Demu*); HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130, m.nt. Stein (*Dingler/Merkelbach*). Zie ook hierna.

hij geen mogelijkheid om een proeftijdbeding overeen te komen met het over te nemen personeel.[234]

V.6 Ketenregeling

Vanaf de dag dat meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden wordt overschreden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668a BW als aangegaan voor onbepaalde tijd. Deze conversie vindt ook plaats wanneer méér dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van maximaal drie maanden. Als gevolg van de Wet werk en zekerheid zal de tussenpozenregeling per 1 juli 2015 worden opgerekt naar zes maanden en de temporele beperking worden teruggebracht naar twee jaren. De numerieke beperking blijft gelijk.

Op grond van het tweede lid is vorenstaande regeling van overeenkomstige toepassing op ‘elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolgers te zijn’. Deze bepaling werd met de Wet flexibiliteit en zekerheid in het BW opgenomen onder meer om zogenoemde ‘draaideurconstructies’ te ondervangen. Het toepassingsbereik van de bepaling is daar echter niet toe beperkt. In de totstandkomingsgeschiedenis wordt zij tevens van toepassing geacht op het schuiven met personeel binnen concernverband en bij bedrijfsovernames.[235]

Dat de regeling ook van toepassing kan zijn in doorstartsituaties blijkt uit het arrest in de zaak Boekenvoordeel tegen Isik.[236] De Hoge Raad overwoog in dat arrest:

> *‘In art. 7:666 BW wordt art. 7:668a lid 2 BW niet uitgesloten van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, is toepassing van art. 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt tot de in het middel bedoelde gevallen waarin, kort gezegd, opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Aan de in het tweede lid van art. 7:668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, staat in een geval als het onderhavige niet in de weg dat de curator de arbeidsovereenkomst van* [werkneemster] *met* [de failliete werkgever] *regelmatig heeft opgezegd.’*

Het arrest is in de literatuur bekritiseerd. Het zou ertoe kunnen leiden dat doorstartende ondernemers ervan afzien om personeel van de failliete onderneming bij een bedrijfsover-

[234] Vgl. Ktr. Deventer 11 december 2003, *JAR* 2004/5; Ktr. Den Bosch 10 augustus 2004, *JAR* 2004/213 en Ktr. Groningen 24 juli 2014, *JAR* 2014/233.
[235] *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9 en 26.
[236] HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190.

name een arbeidsovereenkomst aan te bieden.[237] Consequentie lijkt immers dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de werknemer die reeds drie contracten voor bepaalde tijd heeft gehad bij de failliet of daar al langer dan drie jaar werkzaam was, bij aangaan onmiddellijk van rechtswege wordt omgezet in een contract voor onbepaalde tijd.[238] Het hierna te bespreken arrest in de zaak Van Tuinen tegen Wolters leerde echter dat dit niet zonder meer het geval is.

V.7 Opvolgend werkgeverschap

Uit het voorgaande blijkt dat voor de rechtspositie van de werknemer die in dienst komt van de doorstarter van groot belang is of deze ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als opvolger van de failliet kan worden aangemerkt: een nieuwe proeftijd is dan uitgesloten; eerdere arbeidsovereenkomsten tellen onder omstandigheden mee bij de berekening van de opzegtermijn en bij de toepassing van de ketenregeling.[239]

Ten aanzien van een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dergelijk beding als regel nietig is, indien:

a. de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst én
b. tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door die laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.[240]

Een nieuwe kennismakingsperiode wordt in deze gevallen niet op zijn plaats geacht, omdat de opvolgende werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst reeds geacht wordt te weten ‘wat voor vlees hij in de kuip heeft’.

In het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters uit 2012 heeft de Hoge Raad voor de toepassing van het begrip opvolgend werkgeverschap in het kader van de ketenregeling aansluiting gezocht bij deze maatstaf.[241] Het criterium wordt sinds het arrest ook toegepast bij een bedrijfsovername na faillissement.[242] Aangenomen wordt veelal dat aldus ook

[237] Zie o.m. A.M. Helstone, Actualiteiten ontslagrecht bij doorstart na faillissement, *Arbeid Integraal* 2006/4, p. 5 e.v.; E.W. de Groot, Doorstart na faillissement en art. 7:668a BW, *Sociaal Recht* 2006, p. 301 e.v.; E.M. Loesberg, De Hoge Raad en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2007/1, p. 102 e.v.

[238] Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, Opvolgend werkgeverschap, *Ars Aequi* 2012, p. 935. Hierbij moet bedacht worden dat voor de toepassing van art. 7:668a lid 2 ook de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij de opgevolgde werkgever meetellen. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 11 en Hof ’s- Gravenhage 16 maart 2010, *LJN* BM5878, *RAR* 2010, 116

[239] Daarnaast is ‘opvolgend werkgeverschap’ (al dan niet na een doorstart) van belang voor de uitzendovereenkomst (art. 7:691 lid 5 BW), de Wet aanpassing arbeidsduur (art. 2 lid 1) en de Wet arbeid en zorg (art. 6:3 lid 2).

[240] Vgl. HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (*Slijkoord/Hekkema*), m.nt. Stein; HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (*Wareman/Demu*); HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130, m.nt. Stein (*Dingler/Merkelbach*). Daarbij is niet beslissend of de arbeidsvoorwaarden in beide overeenkomsten overeenstemmen noch of de nieuwe werkgever zelf inzicht heeft verkregen in de capaciteiten van de werknemer. Het gaat om de toerekening van dat inzicht: HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 503 (*Braber/Indebus*), m.nt. Stein.

[241] Hoge Raad 11 mei 2012, *JAR* 2012/150.

[242] Zie voor toepassing van het Van Tuinen/Wolters-criterium op doorstartsituaties o.m.: Ktr. Amsterdam 28 februari 2013, *JOR* 2013/221, m.nt. Loesberg; Ktr. Amsterdam (vzr.) 13 mei 2013, *JAR* 2013/147; Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:GHSHE:2014:172; Ktr. Maastricht 3 september 2014, *JAR* 2014/251.

gedeeltelijk tegemoet is gekomen aan de bezwaren die tegen het Boekenvoordeel/Isik-arrest zijn geuit.[243] Dat de werknemer dezelfde functie heeft en dezelfde werkzaamheden uitoefent als bij failliet, is immers niet (meer) voldoende om van opvolgend werkgeverschap te spreken. Vereist is tevens dat tussen de doorstarter en failliet zodanige banden bestaan dat het door failliet door ervaringen verkregen inzicht in de kwaliteiten van de werknemer moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet werk en zekerheid refereerde de regering voor de uitleg van het begrip opvolgend werkgeverschap nog uitdrukkelijk aan het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Van Tuinen/Wolters.[244] In de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging kwam de regering daar echter op terug, althans met betrekking tot de ketenregeling en de transitievergoeding. Zij vond bij nader inzien, met name met het oog op de verlening van concessies, dat in genoemd arrest een te beperkte invulling werd gegeven aan het opvolgend werkgeverschap.[245] In de nota van wijziging werd daarom aan art. 7:668a lid 2 en art. 7:673 lid 4 onder b een zinsnede toegevoegd op grond waarvan deze bepalingen gelden voor opvolgende werkgevers, ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’. Onder de nieuwe wet is het voor de toepassing van de ketenregeling en de transitievergoeding derhalve voldoende dat de werknemer in dienst treedt bij werkgever waarnaar ook het werk is verhuisd. Van banden tussen de opvolgende werkgevers, zodanig dat de laatste weet wat voor vlees hij in de kuip heeft, hoeft straks geen sprake (meer) te zijn. Voor de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding blijft de oude maatstaf wel van toepassing.[246]

Een en ander betekent dat de mogelijkheid bepaalde-tijdcontracten aan te gaan na een bedrijfsovername door de Wet werk en zekerheid wordt beperkt. De niet aan de failliet gelieerde derde kan zich slechts bedienen van een proeftijdbeding om de hoedanigheden en geschiktheid van de over te nemen werknemer te beproeven. Zeker gecombineerd met het feit dat voor de transitievergoeding de bij de failliet doorgebrachte diensttijd volledig meeweegt (ook wanneer ontslag in de proeftijd plaatsvindt), lijkt de nieuwe wet aldus niet bevorderlijk voor het in dienst nemen van het zittende personeel.

V.8 Alternatieven en suggesties

Omdat het verbinden van gevolgen aan het dienstverband met de failliet voor de arbeidsovereenkomst met de doorstarter laatstgenoemde ertoe zou kunnen brengen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan met het zittende personeel, worden daarbij in de

---

[243] Zie M.A. van Haelst, Reikwijdte ‘opvolgend werkgeverschap’ na Van Tuinen-arrest, *TAP* 2012, p. 264. Zie ook J. van der Pijl, Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?, *ArbeidsRecht* 2013/38; L.H. van de Kar, Arbeidsrechtelijke aspecten in geval van faillissement: een update, *Tijdschrift Vennootschap & Onderneming* 2013/3, p. 33-38 en S. Palm, De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2014/1, p. 16 e.v. Anders: D.J.B. de Wolff, Opvolgend werkgeverschap: onduidelijkheid blijft, *ArbeidsRecht* 2013/41, die betwijfelt of een restrictieve(re) toepassing van de bepaling in een doorstartsituatie door de Hoge Raad beoogd is.

[244] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 111-112.

[245] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 23.

[246] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 26.

hiervoor aangehaalde literatuur kritische kanttekeningen geplaatst.[247] Met name de oudere werknemers in dienst van de failliete werkgever zouden daarvan de dupe worden. Dit kan men opvatten als een pleidooi voor het beperken van deze ‘doorwerking’. Daar staat tegenover dat zo’n beperking van werknemersbescherming ook betekent dat aan het realiseren van een doorstart vanuit een faillissementssituatie nog meer voordelen zijn verbonden dan daarbuiten. Een reorganisatie buiten faillissement wordt daarmee nog minder aantrekkelijk.

[247] Zie in algemene zin m.b.t. overgang anciënniteitsrechten o.a. F.B.J. Grapperhaus, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2010, p. 66.

VI. Medezeggenschap

VI.1 Algemeen

Uit het voorgaande blijkt dat de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever in belangrijke mate wijkt voor de belangen van de pluraliteit van schuldeisers. In deze paragraaf wordt onderzocht of datzelfde geldt voor de medezeggenschapsrechtelijke bevoegdheden ingeval de ondernemer insolvent wordt.

Aan de orde komen de informatie- en consultatieverplichtingen die op de ondernemer rusten op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), de SER-Fusiegedragsregels (FGR) en de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Na een korte inventarisatie van de bevoegdheden van ondernemingsraden en vakorganisaties op grond van deze regelgeving, wordt ingegaan op de vraag of de ondernemingsraad (OR) betrokken dient te worden bij het verzoek tot verlening van (voorlopige) surseance en de eigen aangifte van faillissement. Vervolgens staan wij stil bij de medezeggenschapsrechten tijdens surseance en na faillietverklaring. Wij sluiten af met een korte uiteenzetting van de suggesties die in de literatuur zijn gedaan om tot een betere balans te komen tussen enerzijds het belang van de werknemers bij inspraak en anderzijds het belang van de schuldeisers bij een spoedige afwikkeling van de boedel met een zo hoog mogelijke opbrengst.

VI.2 Relevante regelingen

VI.2.1 Wet op de ondernemingsraden[248]

De WOR verplicht ondernemers die een onderneming in stand houden waarin in de regel vijftig of meer personen werkzaam zijn, een ondernemingsraad in te stellen (art. 2 WOR). Ook in kleinere ondernemingen kan een OR worden ingesteld (art. 5a WOR). De wet verplicht daar echter niet toe. Deze ondernemer kan in dat geval ook een zogenoemde 'personeelsvertegenwoordiging' (PVT) in het leven roepen (art. 35c en 35d WOR). Soms is de instelling daarvan verplicht (art. 35c lid 2 WOR). Is geen OR of PVT ingesteld en betreft het een onderneming waarin in de regel ten minste tien maar minder dan vijftig personen werkzaam zijn, dan is de ondernemer gehouden jaarlijks ten minste twee maal een personeelsvergadering bijeen te roepen om de aangelegenheden de onderneming betreffende te bespreken (art. 35b WOR). Hij is tot deze directe vorm van medezeggenschap verplicht wanneer ten minste een vierde van het personeel daartoe een met redenen omkleed verzoek doet. Hierna wordt uitsluitend aandacht besteed aan de OR. De rechten van de PVT en de personeelsvergadering zijn beperkter dan die van de OR.

Voor dit onderzoek zijn in het bijzonder het recht op overleg (art. 23 en 24 WOR), het recht op informatie (art. 31-31c WOR) en het adviesrecht (art. 25 WOR) van belang.

De ondernemer en de OR komen met elkaar bijeen binnen twee weken nadat hetzij de OR, hetzij de ondernemer daarom onder opgave van redenen heeft verzocht. In deze

[248] Zie uitgebreid over deze wet: L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013 en R.H. van het Kaar & F.W.H. Vink, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: SDU 2014.

overlegvergadering worden de ‘aangelegenheden de onderneming betreffende’ aan de orde gesteld. Ten minste twee maal per jaar wordt in de overlegvergadering de algemene gang van zaken besproken. In dat kader doet de ondernemer tevens mededeling van besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot aangelegenheden ten aanzien waarvan de OR een advies- of instemmingsrecht toekomt.

Op de ondernemer rust voorts de verplichting een groot aantal gegevens spontaan aan de OR te verstrekken. Het gaat om bepaalde gegevens van juridische, organisatorische en financiële aard, alsmede informatie over het personeel en het gevoerde en te voeren personeelsbeleid. Verder is hij gehouden desgevraagd aan de OR alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft.

Het adviesrecht heeft betrekking op een aantal met name genoemde voorgenomen besluiten op bedrijfseconomisch en bedrijfsorganisatorisch terrein, zoals de overdracht van de zeggenschap over de onderneming, een belangrijke inkrimping of wijziging van de werkzaamheden van de onderneming, de beëindiging van de activiteiten van de onderneming of een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming of de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (art. 25 lid 1 WOR). De ondernemer moet het advies van de OR op een zodanig tijdstip vragen, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 25 lid 2 WOR). Bij de adviesaanvraag dient de ondernemer een overzicht te verstrekken van zijn beweegredenen, alsmede van de gevolgen die het besluit naar verwachting zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (art. 25 lid 3 WOR). Nadat over de betrokken aangelegenheid ten minste eenmaal overleg is gepleegd in een overlegvergadering, brengt de OR zijn advies uit (art. 25 lid 4 WOR). Wordt dit advies niet door de ondernemer gevolgd, dan dient hij te motiveren waarom (art. 25 lid 5 WOR). Tevens is hij in dat geval gehouden de uitvoering van het besluit één maand op te schorten (tenzij de OR dit niet nodig acht) om de OR in de gelegenheid te stellen in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 25 lid 6 WOR).

Beroep bij de Ondernemingskamer kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen (art. 26 lid 4 WOR). Wanneer de ondernemer ten onrechte geen advies heeft gevraagd, zal het beroep van de OR door de Ondernemingskamer als regel gegrond worden verklaard.[249] In geval van gegrondverklaring van het beroep kan de Ondernemingskamer op verzoek van de OR voorzieningen treffen, zoals het opleggen van de verplichting om de gevolgen van een besluit geheel of ten dele ongedaan te maken. Deze voorzieningen kunnen door derden verworven rechten echter niet aantasten (art. 26 lid 5 WOR).

VI.2.2 SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000

Van betekenis zijn voorts de SER-Fusiegedragsregels 2000 (hierna: FGR). Deze bevatten geen afdwingbare rechtsregels. De niet-naleving daarvan kan echter wel van invloed zijn op beslissingen van de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure.[250] Voorts hebben de werkgevers- en werknemersorganisaties vertegenwoordigd in de SER zich

[249] Zie Hof Amsterdam 1 mei 1980, *NJ* 1981, 271 (*Lingeziekenhuis*).
[250] Vgl. HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 446.

bereid verklaard hun medewerking te verlenen aan de bevordering van de naleving van de gedragsregels.[251]

Het begrip ‘fusie’ is in de FGR ruim gedefinieerd. Daaronder valt elke verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen (art. 1 FGR). De gedragsregels zijn van toepassing wanneer in ten minste één van de bij de fusie betrokken ondernemingen vijftig of meer werknemers betrokken zijn (art. 2 FGR).[252]

De kern van de FGR is de procedure van kennisgeving, informatie en overleg, neergelegd in art. 4. Op grond van dit artikel zijn de partijen die een fusie voorbereiden, verplicht daarvan kennis te geven aan de belanghebbende vakorganisaties.[253] Daarbij moeten zij een schriftelijke uiteenzetting geven van de motieven voor de fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de in dat kader te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen. Partijen moeten de vakorganisaties tevens uitnodigen voor een bespreking, waarin onder meer aan de orde kunnen komen de grondslagen van het in verband met de fusie te voeren ondernemingsbeleid, met inbegrip van de sociale, economische en juridische aspecten daarvan, alsmede de grondslagen van maatregelen tot het voorkomen, wegnemen of verminderen van eventuele nadelige gevolgen voor de werknemers. De vakorganisaties moeten hun oordeel kunnen geven op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en de modaliteiten daarvan.

Tegelijkertijd met de melding aan de vakorganisatie moet de SER geïnformeerd worden. Deze waakt over de naleving van de procedure en de consultatieverplichtingen (art. 8 FGR). De SER heeft ook een commissie ingesteld voor behandeling van geschillen over de naleving van de gedragsregels (art. 9 FGR).

VI.2.3 Wet melding collectief ontslag

De WMCO beoogt Richtlijn 98/59/EG te implementeren in het Nederlandse recht. De wet verplicht een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers, werkzaam in één door de minister vastgesteld gebied, op een of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen te beëindigen,[254] dit ter tijdige raadpleging te melden aan de belanghebbende vakorganisaties. Een gelijke melding moet hij doen aan het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). In geval van faillissement hoeft deze melding alleen plaats te vinden op verzoek van het UWV.[255]

---

[251] Zie W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels’ Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 289.

[252] De FGR gelden ook indien een van bij de fusie betrokken ondernemingen deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel 50 of meer werknemers werkzaam zijn. Zij zijn niet van toepassing wanneer sprake is van de overdracht van de zeggenschap over een onderneming waarin in de regel minder dan tien werknemers werkzaam zijn.

[253] Op grond van art. 5 en art. 6 FGR rust dezelfde verplichting op degene die door een openbaar bod of door middel van geleidelijke aankoop ter beurze van (rechten op) aandelen een fusie tot stand wil brengen.

[254] De wet is niet van toepassing op het beëindigen van arbeidsverhoudingen als bedoeld in art. 2 BBA, van een arbeidsovereenkomst uitsluitend om redenen die de persoon van de werknemer betreffen, van een arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd en van de arbeidsovereenkomst met bestuurders van een nv of bv (art. 2 WMCO).

[255] Vgl. art. 3 lid 1 Richtlijn 98/59/EG.

De raadpleging van de vakorganisaties heeft ten minste betrekking op de mogelijkheden om de collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen, alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer bepaald om bij te dragen tot de herplaatsing of de omscholing van de werknemers ten aanzien van wie bij de werkgever het voornemen bestaat de arbeidsovereenkomst te beëindigen (art. 3 WMCO).

Bij de meldingen moet de werkgever tevens vermelden welke overwegingen tot het daar bedoelde voornemen hebben geleid. Voorts moet hij zo nauwkeurig mogelijk opgave doen van:

a. het aantal werknemers wier arbeidsovereenkomsten hij voornemens is te beëindigen, met een onderverdeling naar beroep of functie, leeftijd en geslacht, alsmede het aantal werknemers dat hij gewoonlijk in dienst heeft;
b. het tijdstip of de tijdstippen waarop hij de arbeidsovereenkomsten volgens zijn voornemen zal beëindigen;
c. de criteria die aangelegd zullen worden bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers;
d. de wijze van berekening van eventuele afvloeiingsuitkeringen;
e. de wijze waarop hij voornemens is de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers te beëindigen.

Bij de melding aan het UWV dient tevens te worden aangegeven of voor de onderneming een ondernemingsraad is ingesteld; of het voornemen van de werkgever verband houdt met een besluit als bedoeld in artikel 25, eerste lid, van de Wet op de ondernemingsraden en zo ja, het tijdstip waarop de ondernemingsraad over het betrokken besluit is of zal worden geraadpleegd, dan wel daarvan in kennis gesteld en geraadpleegd over de uitvoering daarvan (art. 4 WMCO).

Het UWV neemt de aanvragen voor een ontslagvergunning niet eerder in behandeling dan nadat de werkgever aan zijn meldingsverplichting heeft voldaan en de belanghebbende vakverenigingen én de OR zijn geraadpleegd. [256] Het UWV kan de raadplegingsverplichting buiten toepassing laten indien de werkgever aannemelijk maakt dat de naleving hiervan de herplaatsing van de met ontslag bedreigde werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers in de betrokken onderneming in gevaar zou brengen. Een dergelijk besluit behoeft de goedkeuring van de minister van SZW, die deze goedkeuring slechts kan onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang (art. 6 WMCO).

De arbeidsovereenkomsten kunnen niet eerder door de werkgever worden opgezegd, op verzoek van de werkgever door de rechter worden ontbonden of op initiatief van de werkgever door middel van een beëindigingsovereenkomst worden beëindigd, dan een maand nadat het voornemen daartoe is gemeld, tenzij uit een verklaring van de belanghebbende verenigingen van werknemers blijkt dat zij zijn geraadpleegd en dat zij

[256] De werkgever wordt op grond van art. 7a WMCO geacht aan de verplichting tot raadpleging van een belanghebbende vakvereniging te hebben voldaan indien deze vereniging geen gevolg geeft aan een schriftelijke uitnodiging daartoe van de werkgever, mits die uitnodiging ten minste twee weken voor de datum van het overleg door de vereniging is ontvangen; of schriftelijk heeft aangegeven af te zien van raadpleging.

zich met de beëindigingen kunnen verenigen.[257] Deze wachttijd is echter niet van toepassing indien een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd ten gevolge van het faillissement van de werkgever of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (art. 5a WMCO).[258] Heeft de werkgever de wachttijd van een maand niet in acht genomen of niet aan zijn meldings- of raadplegingsverplichting voldaan, dan is een opzegging door de werkgever of een op initiatief van de werkgever tot stand gekomen beëindigingsovereenkomst vernietigbaar (art. 7 WMCO).

VI.3 Medezeggenschap bij het surseanceverzoek en de eigen aangifte tot faillissement

VI.3.1 WOR

Een verzoek tot verlening van (voorlopige) surseance van betaling en de eigen aanvraag van faillissement kan niet worden aangemerkt als een fusie in de zin van de FGR of een collectief ontslag als bedoeld in de WMCO. De door deze regelingen voorgeschreven inlichtingen en raadpleging is daarop derhalve niet van toepassing. Dergelijke verzoeken vallen uiteraard onder de 'aangelegenheden de onderneming betreffende', die op grond van art. 23 WOR in een overlegvergadering door de OR aan de orde kunnen worden gesteld. De financiële gegevens die aan het verzoek ten grondslag liggen, dienen op grond van art. 31 en art. 31a WOR aan de OR bekend te worden gemaakt. Vraag is of de OR terzake ook een adviesrecht toekomt. [259]

In de zaak Ondernemingsraad tegen YVC IJsselwerf oordeelde de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam in 1999, dat het doen van een verzoek tot surseanceverlening adviesplichtig was op grond van art. 25, lid 1, aanhef en onder e, WOR omdat dat besluit leidde tot een belangrijke wijziging van de organisatie van de onderneming alsook in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming.[260] In cassatie vernietigde de Hoge Raad de beschikking van de OK.[261] De Hoge Raad overwoog:

> *'Vooreerst valt niet in te zien dat het onderhavige besluit leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming. Het besluit surseance van betaling aan te vragen strekt niet ertoe een belangrijke wijziging te brengen in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de werkzaamheden van de onderneming en de surseance van betaling tast, als zij verleend wordt, de organisatie van de onderneming niet aan. De benoeming van een bewindvoerder brengt geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden, doch beperkt de bevoegdheden van*

[257] Gaat het om een ontbindingsprocedure wegens bedrijfseconomische redenen, dan is de kantonrechter verplicht zich ervan te vergewissen of het verzoek verband houdt met een collectief ontslag en zo ja, of aan de meldings- en raadplegingsverplichting is voldaan. Is dat niet het geval, dan dient hij het verzoek in beginsel af te wijzen (art. 6a WMCO)

[258] Vgl. art. 4 lid 4 Richtlijn 98/59/EG.

[259] Een aanvraag tot faillietverklaring door schuldeisers is niet adviesplichtig, omdat geen sprake is van een besluit van de ondernemer (Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 28, p. 30).

[260] Hof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, *JOR* 1999/229, m.nt. Van den Ingh.

[261] HR 6 juni 2001, *JAR* 2001/128; *JOR* 2001/146, m.nt. Kortmann; Ondernemingsrecht 2001/53, m.nt. Grapperhaus.

> *degenen die daden van beheer en beschikking mogen verrichten. Voor zover de surseance van betaling aangevraagd zou worden in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, verdient opmerking dat het adviesrecht van de OR na de verleende surseance van betaling in stand blijft.'*

De Hoge Raad verwees vervolgens naar de parlementaire geschiedenis van de wijziging van de WOR van 1998, waarin steun is te vinden voor deze opvatting. In de Nota naar aanleiding van het Verslag bij het wetsvoorstel merkt de regering namelijk het volgende op:

> '*wat betreft faillissement en surseance van betaling gaat het (...) om voorgenomen besluiten van de ondernemer tot het aanvragen van het eigen faillissement c.q. de eigen surseance. De ondernemingsraad heeft hierover geen adviesrecht. Verwezen zij naar de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Hertogenbosch op 9 april 1980 (NJ 1980, 564). Daarin wordt overwogen dat tekst, wetsgeschiedenis noch strekking van artikel 25 eerste lid, onder c van de WOR, steun geeft voor de opvatting dat onder een voorgenomen besluit tot beëindiging van (een belangrijk onderdeel van) de werkzaamheden van de onderneming mede valt te verstaan een verzoek strekkende tot faillietverklaring van de ondernemer. De rechtbank overwoog onder andere dat het faillissement niet noodzakelijk een beëindiging van de werkzaamheden met zich brengt. Voor de surseance van betaling geldt ons inziens hetzelfde. Dit betekent overigens niet dat de ondernemingsraad volledig buiten spel staat. Hij heeft uiteraard de mogelijkheid een (voorgenomen) aanvraag tot faillietverklaring of surseanceaanvraag in het overleg met de ondernemer aan de orde te stellen of kan bijvoorbeeld een alternatief noodplan presenteren. Bovendien kan de ondernemingsraad op grond van de Faillissementswet verzet aantekenen tegen de faillietverklaring. (...)*'[262]

Volgens de Hoge Raad leert de parlementaire geschiedenis dat de vraag of de OR ter zake van voorgenomen besluiten tot het aanvragen van het (eigen) faillissement of surseance van betaling medezeggenschap dient te hebben, door de wetgever, althans door de regering, onder ogen is gezien en negatief is beantwoord.

Uit laatst genoemde overweging van de Hoge Raad wordt veelal afgeleid dat ook de eigen aangifte van faillissement naar positief recht niet adviesplichtig is.[263] Tegen dat standpunt wordt wel ingebracht dat surseance van betaling en faillissement belangrijke verschillen vertonen. [264] Na het verlenen van surseance blijft de vennootschap de ondernemer in de zin van de WOR en behouden de bestuurders van de vennootschap hun bevoegdheden – zij het dat die bevoegdheden voor zover het daden van beheer en beschikking betreft, worden beperkt door de vereiste toestemming of medewerking van de bewindvoerder – terwijl na een faillissement de curator het beheer en de beschikking over

[262] NV II, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 15-16. Zie ook de opmerkingen van Minister Melkert in het Verslag Vaste Commissie voor SZW, 14 april 1997, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 28, p. 30-31.
[263] Zie onder anderen S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder de beschikking in JOR; P.R.W. Schaink, *Arbeidsrecht en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 189. Vgl. L.G. Verburg, Rood's Wet op de ondernemingsraden, 2e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 297. Zie ook: SER-advies 2003/12, *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden,* Den Haag 2003, p. 70.
[264] Vgl. R.H. van het Kaar, Insolventie en arbeid, *TvI* 2004/48; F.B.J. Grapperhaus in zijn noot onder de beschikking in Ondernemingsrecht 2001/53.

de activa, en daarmee de onderneming, heeft. Verdedigbaar is derhalve dat een faillissement wel degelijk een belangrijke wijziging in de organisatie, dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming als bedoeld in art. 25 lid 1, aanhef en onder e, WOR tot gevolg heeft.[265] De procedurele verplichtingen die de adviesplicht meebrengt en het bijbehorende beroepsrecht staan echter op gespannen voet met het spoedeisende en bijzondere karakter van de rechtspleging over de faillietverklaring.[266] Dat twee verschillende rechters (rechtbank en Ondernemingskamer) over het besluit tot faillietverklaring zouden moeten oordelen, wordt onwenselijk geacht. Welke rechterlijke uitspraak heeft voorrang wanneer zij tot een andersluidend oordeel komen?[267] Daartegen wordt aangevoerd dat samenloop van art. 26 WOR met andere procedures wel vaker voorkomt en vrijwel nooit problematisch is.[268] De Ondernemingskamer beoordeelt met name of de ondernemer de procedurele voorschriften van art. 25 WOR heeft nageleefd en toetst inhoudelijk slechts marginaal.[269] Voorts wordt gewezen op art. 26 lid 5, laatste volzin, van de WOR, op grond waarvan een voorziening van de Ondernemingskamer door derden verworven rechten niet kan aantasten.[270] Een inmiddels gerealiseerde bedrijfsovername kan door een dergelijke voorziening derhalve niet meer ongedaan worden gemaakt.

VI.3.2 Pre-pack

Van bovenstaand geval kan worden onderscheiden de situatie waarin de ondernemer reeds vóór de faillietverklaring in overleg is met een derde over een overdracht van de onderneming en de eigen aangifte faillissement onderdeel vormt van de afspraken die tussen deze partijen gemaakt zijn. Deze situatie kan zich voordoen tijdens een *pre-pack*. In de literatuur wordt wel betoogd dat de ondernemer de activatransactie die na de faillietverklaring plaatsvindt – in samenspraak met de stille bewindvoerder – zo geconcretiseerd kan hebben dat sprake is van een voorgenomen besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming als bedoeld in art. 25 lid 1, onder a, WOR.[271] In deze opvatting is het optreden van de curator na de faillietverklaring beperkt tot ‘tekenen bij het kruisje’. Nog daargelaten of deze karakterisering recht doet aan zijn rol, kan worden opgemerkt dat een eventuele verplichting om reeds vóór de faillietverklaring een advies te vragen aan de OR zich moeizaam verdraagt met het feit dat het uiteindelijk de curator is die tot overdracht beslist en dat hij tijdens de *pre-pack* nog niet over de hoedanigheid van bestuurder in de zin van de WOR beschikt.

Voorts wordt wel betoogd dat het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder in geval van een pre-pack adviesplichtig kan zijn, omdat deze beschouwd

[265] Vgl. J.J.M. van Mierlo, Corporate governance en insolventie, in: *De bewindvoerder een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 49; I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 236. Zie ook S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder het arrest in JOR, die echter verdedigt dat naar positief recht de Fw op dit punt derogeert aan art. 25 WOR.

[266] Vgl. A-G Mok voorafgaand aan het IJsselwerf-arrest; SER-advies 2003/12, *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden,* Den Haag 2003, p. 70.

[267] P.R.W. Schaink, *Arbeidsrecht en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 193, meent dat de beslissing van de faillissementsrechter voorgaat.

[268] I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 253.

[269] J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, diss. Nijmegen 1996, p. 261.

[270] Vgl. W.P.J. Kroft, De curator en medezeggenschap van werknemers, in: *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996, p. 54, die stelt dat een faillissementsvonnis gelijk gesteld kan worden met door derden verworven rechten.

[271] I. Zaal, De rol van de OR bij een *pre-pack*: tijd voor een wettelijke regeling, *FIP* 2014(8) 363.

kan worden als een adviesopdracht aan een deskundige in de zin van art. 25 lid 1, onder n, WOR.[272] Anderen bestrijden dat de beoogd curator tijdens de *pre-pack* als adviseur optreedt.[273]

VI.3.3 Spreekrecht in algemene vergadering

Volledigheidshalve merken wij nog op dat op grond van art. 2:107a BW besluiten van het bestuur van een naamloze vennootschap omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van die vennootschap of de onderneming, aan de goedkeuring van de Algemene Vergadering zijn onderworpen. Tot deze besluiten behoort blijkens de wetsgeschiedenis ook het aanvragen van het eigen faillissement.[274] Heeft de vennootschap krachtens wettelijke bepalingen een OR ingesteld, dan wordt het verzoek om goedkeuring op grond van het derde lid van genoemde bepaling niet aan de algemene vergadering aangeboden, dan nadat de OR tijdig vóór de datum van oproeping in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen. Het standpunt van de OR wordt gelijktijdig met het verzoek om goedkeuring aan de algemene vergadering aangeboden. De voorzitter van de OR of een door hem aangewezen lid kan dat standpunt in de algemene vergadering toelichten. Het ontbreken van dat standpunt tast de besluitvorming over het verzoek om goedkeuring niet aan.

VI.4 Medezeggenschap tijdens surseance en na faillissement

VI.4.1 WOR

In de IJsselwerf-beschikking merkt de Hoge Raad uitdrukkelijk op dat, voor zover de surseance van betaling aangevraagd wordt met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, het adviesrecht van de OR na de verleende surseance in stand blijft. Dit adviesrecht geldt ook wanneer de curator – die na de faillietverklaring als ondernemer in de zin van de WOR wordt beschouwd[275] – voornemens is de werkzaamheden van (een belangrijk onderdeel van) de onderneming te beëindigen of de onderneming over te dragen aan een derde.[276] Dat dergelijke besluiten een vereffeningskarakter dragen en tot de typische taak van de curator behoren, doet daar niet aan af.[277] In de praktijk lijken curatoren zich echter weinig gelegen te laten liggen aan de

---

[272] I. Zaal, De rol van de OR bij een *pre-pack*: tijd voor een wettelijke regeling, *FIP* 2014(8) 363.
[273] Zie o.a. F.M.J. Verstijlen, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’, Zutphen: Paris 2014, p. 61.
[274] *Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. B, p. 9. Zie daarover ook J.J.M. van Mierlo, Corporate governance en insolventie, in: *De bewindvoerder een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 42.
[275] Over de vraag of dat tijdens surseance ook voor de bewindvoerder geldt, bestaat verschil van mening. Zie S.C.J.J. Kortmann, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht 1993, p. 152; (bestuurders behouden positie; bewindvoerder is geen WOR-bestuurder). Anders: I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 241 (bewindvoerder is medebestuurder).
[276] W.P.J. Kroft, De curator en medezeggenschap van werknemers, in: *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996, p. 56; wijst er overigens terecht op dat het besluit tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten van het personeel niet genoemd wordt in art. 25 lid 1 WOR. Dit besluit betekent niet per se dat de curator heeft besloten de activiteiten van de onderneming te beëindigen.
[277] Zie S.C.J.J. Kortmann, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht 1993, p. 156. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. Tilburg 1998, p. 139.

verplichtingen jegens de OR.[278] Dit heeft mogelijk consequenties voor de rechtsgeldigheid van de door de curator gedane opzeggingen vanwege het opzegverbod van art. 7 WMCO (zie ook hierna).

Omdat de curator bij de uitoefening van zijn taak ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, moet betrekken,[279] lijkt van hem verwacht te mogen worden inzicht te verschaffen in de wijze waarop hij het belang van werknemers bij behoud van hun baan heeft meegewogen en of en zo ja, in hoeverre hij maatregelen heeft overwogen om de gevolgen van het voorgenomen besluit voor de in de onderneming werkzame personen te verzachten.[280] Gelet op de precaire situatie van de onderneming zal hij veelal wel met een korte toelichting kunnen volstaan. [281]

Verdedigd wordt dat het faillissement van invloed kan zijn op de wijze waarop het adviesrecht wordt uitgeoefend.[282] De curator zou zo nodig een (zeer) korte termijn kunnen stellen waarbinnen het advies dient te worden uitgebracht en, bij een negatief advies, niet gehouden zijn de uitvoering van het besluit een maand op te schorten. In de wet zijn dergelijke uitzonderingen echter niet terug te vinden. Wellicht kan daarvoor een beroep worden gedaan op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.[283]

VI.4.2 SER-Fusiegedragsregels 2000

Staakt de curator de exploitatie van de onderneming en betreft de daaropvolgende transactie slechts de overdracht van losse onderdelen uit de boedel, dan is volgens de geschillencommissie van de SER geen sprake van een fusie in de zin van de FGR en zijn de daarin neergelegde regels derhalve niet van toepassing.[284] Is sprake van een overdracht van de onderneming door de curator *going concern*, dan zijn de FGR echter wel toepasselijk en dienen de vakorganisaties daarover derhalve te worden geïnformeerd en geraadpleegd. Wel kunnen die omstandigheden volgens de geschillencommissie van invloed zijn op hetgeen partijen bij de fusie en de vakorganisatie in het kader van art. 4 FGR redelijkerwijs van elkaar kunnen vergen.

VI.4.3 Wet melding collectief ontslag

De WMCO is onverkort van toepassing tijdens surseance van betaling. Dat dit na faillissement niet het geval is, kwam hiervoor reeds ter sprake. De melding aan het UWV

---

[278] Zie onder anderen S.C.J.J. Kortmann, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht 1993, p. 152; W.P.J. Kroft, De curator en medezeggenschap van werknemers, in: *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996, p. 49-50; P.R.W. Schaink, *Arbeidsrecht en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 191; I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 246.

[279] Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacon III*) en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Maclou*).

[280] Vgl. I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 246.

[281] Vgl. M.F.H. Broekman, De ondernemingsraad en faillissement, *ArbeidsRecht* 1999/2.

[282] Vgl. o.a. E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement,* diss. Tilburg 1998, p. 161; M.G. Rood, Over medezeggenschapsrechtelijke aspecten bij insolventie van de werkgever, in: *Onderneming en werknemer,* Deventer: Kluwer 2001, p. 257; I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 246.

[283] Vgl. S.C.J.J. Kortmann, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht 1993, p. 156 en J.J.M. van Mierlo, Corporate governance en insolventie, in: *De bewindvoerder een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 50-51. Vgl. M.G. Rood, Over medezeggenschapsrechtelijke aspecten bij insolventie van de werkgever, in: *Onderneming en werknemer,* Deventer: Kluwer 2001, p. 257-260 die een beroep doet op redelijke wetsuitleg.

[284] Zie voor een en ander: J.B. Hoyink, *Fusiegedragsregels 2000 Commentaar*, SER: Den Haag 2001, p. 15-21 en p. 71.

hoeft bij een collectief ontslag als gevolg van een faillissement slechts plaats te vinden wanneer deze daarom verzoekt. Verder hoeft de maand wachttijd van art. 5a WMCO niet in acht te worden genomen. Wij wezen daar al op. Is de curator voornemens ten minste twintig werknemers van de failliete werkgever te ontslaan, dan is hij echter wel gehouden dit te melden aan de belanghebbende vakorganisaties en daarover met daarover hen te overleggen (art. 3 WMCO).[285] In de praktijk werd de WMCO in geval van faillissement – in ieder geval tot voor kort – vaak niet nageleefd.[286] De sanctie die van oudsher aan schending van de raadplegingsverplichting was verbonden – het niet verder in behandeling nemen van verzoeken om een ontslagvergunning – sorteerde in faillissementssituaties geen effect, omdat curatoren geen ontslagvergunning nodig hebben om de arbeidsovereenkomsten van het personeel op te zeggen. Deze sanctie werd met de wetswijziging van 1 maart 2012 vervangen door een nieuw opzegverbod, neergelegd in art. 7 WMCO. De werknemer kan de opzegging vernietigen.[287] Deze sanctie geldt ook wanneer de werkgever de OR niet heeft geraadpleegd. Daarmee kwam ook de vraag op of de betrokken werknemers zich op dit verbod kunnen beroepen wanneer de curator na faillietverklaring verzuimt om de werknemersvertegenwoordigers te raadplegen. De literatuur op dit punt is verdeeld.

Enerzijds wordt betoogd dat een bepaling van arbeidsrechtelijke aard geen afbreuk kan doen aan het in de Fw neergelegde stelsel van instrumentele bevoegdheden, bij uitsluiting toegekend aan de rechter-commissaris en de curator, strekkende tot een ordelijke afwikkeling van de concursus, ontslag van personeel daaronder begrepen. [288] Anderzijds wordt erop gewezen dat de raadplegingsverplichting ook in faillissementssituaties van belang is – Richtlijn 98/59/EG maakt ter zake geen uitzondering – en dat dit belang door het Hof van Justitie van de EU expliciet is onderschreven.[289] Wordt art. 7 WMCO niet van toepassing geacht, dan voorziet het nationale recht niet in een sanctie op niet-naleving van de raadplegingsverplichting.[290]

VI.5 Alternatieven en suggesties

In de literatuur zijn verschillende suggesties gedaan om een betere balans te bereiken tussen het belang van de werknemers bij informatie en consultatie enerzijds en het belang van de schuldeisers bij een spoedige afwikkeling van de boedel met een zo hoog mogelijke opbrengst anderzijds.

---

[285] Zie ook HvJ EU 3 maart 2011, *JAR* 2011/93 (*Claes e.a./Lansbanki*), m.nt. Peters

[286] P.R.W. Schaink, *Arbeidsrecht en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27; I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 250.

[287] Na de invoering van de Wet werk en zekerheid kan de werknemer als alternatief voor vernietiging om toekenning van een billijke vergoeding verzoeken.

[288] P.R.W. Schaink, *Arbeidsrecht en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27.

[289] I. Zaal, *De reikwijdte van* medezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 251, met verwijzing naar HvJ EU 3 maart 2011 *JAR* 2011/93 (*Claes e.a./Lansbanki*), m.nt. Peters. In navolging van J.C.A. Herstel en R.W.J.M. Schuurman Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp!, *TvI* 2012/22 geeft zij wel in overweging de tijd gemoeid met de raadpleging in mindering te brengen op de door de curator in acht te nemen opzegtermijn.

[290] Vgl. E. Loesberg, De failliete werkgever en zijn werknemers, *FIP* 2014(8) 365. Vraag is wel of werknemers daarmee veel opschieten. J.C.A. Herstel en R.W.J.M. Schuurman Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp!, *TvI* 2012/22, wijzen erop dat de boedel meestal onvoldoende verhaal biedt en dat door het beroep op de vernietigingsgrond ook de periode waarover een beroep kan worden gedaan op de loongarantieregeling naar achteren verschuift. Deze auteurs vragen zich overigens af of de WMCO niet buiten toepassing moet worden verklaard in geval van faillissement. Deze suggestie verdraagt zich echter niet met Richtlijn 98/59/EG.

Diverse auteurs bepleiten – al dan niet onder verwijzing naar buitenlandse rechtstelsels – een versterking van de rol van de OR (en de PVT) in de faillissementsprocedure.[291] Zo zou de rechtbank verplicht kunnen worden om zich bij de behandeling van het verzoek tot surseanceverlening of de eigen aangifte en bij andere belangrijke beslissingen ten aanzien van de boedel op de hoogte te stellen van het gevoelen van de ondernemingsraad. Aldus zou een procedurele waarborg voor de zorgvuldigheid van de besluitvorming worden geïntroduceerd. Tevens zou op die manier mogelijk misbruik van faillissement eerder aan het licht kunnen komen. De introductie van een dergelijke hoorplicht kan bovendien een goed alternatief vormen voor het adviesrecht, waarvan in insolventiesituaties niet al te veel verwacht mag worden. Ten slotte zou overwogen kunnen worden om de OR – net als de (commissie van) schuldeisers en de gefailleerde op grond van art. 69 Fw – de bevoegdheid te geven om op te komen tegen handelingen van de curator.

Tevens vinden we in de literatuur een pleidooi voor een speciale medezeggenschapsprocedure voor faillissementssituaties.[292] Gesuggereerd worden een adviesrecht zonder beroep (vergelijkbaar met dat van art. 30 WOR) en een verplichting voor de ondernemer om, gelijktijdig met of (kort) voorafgaand aan het surseanceverzoek, het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder en de eigen aangifte van faillissement, de OR daarvan met redenen omkleed in kennis te stellen.

In haar begin 2015 gepresenteerde Ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling doet INSOLAD voorstellen om de surseance om te vormen tot een echte reorganisatieregeling. Als onderdeel daarvan wordt ervoor gepleit de ontslagregeling in surseance op hoofdlijnen op dezelfde wijze vorm te geven als in faillissement (zie hiervoor reeds § III.5). Met betrekking tot de WMCO stelt INSOLAD voor om de wachttijd die de werkgever na de melding aan het bevoegde gezag in acht moet nemen alvorens de arbeidsovereenkomst te beëindigen, niet een maand, maar een week te laten bedragen. Voorts zou de melding van het voorgenomen collectief ontslag niet plaats moeten vinden bij het UWV, maar bij de rechter-commissaris (zie art. 251 van het Ontwerp).

Het eerste voorstel is op zichzelf in overeenstemming met Richtlijn 98/59/EG, zolang het ontslag niet eerder ingaat dan dertig dagen na de melding (zie art. 4 lid 1 Richtlijn 98/59/EG). Omdat op grond van het voorgestelde art. 251 het uitgangspunt blijft dat de wettelijke opzegtermijn na surseanceverlening in acht moet worden genomen, zal dit veelal geen probleem opleveren. Men mag echter niet uit het oog te verliezen dat de opzegging van de arbeidsovereenkomsten op grond van de Richtlijn pas mag plaatsvinden nadat de raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers is afgerond.[293] Omdat de

[291] W.P.J. Kroft, De curator en medezeggenschap van werknemers, in: *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996, p. 61; M.F.H. Broekman, De ondernemingsraad en faillissement, *ArbeidsRecht* 1999/21; J.C.M.G. Bloemarts, in: A.M. Luttmer-Kat e.a., *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?,* INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 76; R.H. van het Kaar, Insolventie en arbeid, TvI 2004/48; ; E. Loesberg, in zijn reactie op het artikel van mr. M.F.H. Broekman, *ArbeidsRecht* 1999/44; I. Zaal, *De reikwijdte van* mdezeggenschap, diss. Amsterdam (UvA) 2014, p. 255. Zie ook het standpunt van een deel van de raad in SER-advies 2003/12, *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden*, Den Haag 2003, p. 71 met betrekking tot het verzoek tot surseanceverlening of de eigen aangifte tot faillissement.

[292] J.C.M.G. Bloemarts, in: A.M. Luttmer-Kat e.a., *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?,* INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 74; R.J. van der Ham, Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel, *ArbeidsRecht* 2014/28; I. Zaal, De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling, *FIP* 2014 (8) 363.

[293] HvJ EG 27 januari 2005, *JAR* 2005/52 (*Junk*).

melding aan de bevoegde overheidsinstantie meestal geschiedt voordat het overleg met de vakorganisaties is afgerond, levert het voorstel van INSOLAD nauwelijks tijdwinst op.

Ook bij het tweede voorstel kunnen, gelet op de Richtlijn, kritische kanttekeningen worden geplaatst. De melding bij de bevoegde overheidsinstantie moet op grond van art. 4 lid 2 van genoemde Richtlijn worden gebruikt om oplossingen te zoeken voor de problemen die uit het voorgenomen ontslag voortvloeien. Het UWV kan die opdracht prima vervullen, mede gelet op haar taak bij de publieke arbeidsbemiddeling. De rechter-commissaris lijkt daarvoor niet toegerust.

Ten aanzien van de WOR stelt INSOLAD voor de termijn, gedurende welke de ondernemer verplicht is de uitvoering van het besluit op te schorten wanneer het afwijkt van het advies van de OR (art. 25 lid 6 WOR), niet een maand maar slechts drie dagen te laten bedragen.[294] Dit voorstel sluit aan bij opvattingen in de literatuur over het (niet) in acht nemen van de opschortingstermijn bij adviesplichtige besluiten genomen door de curator (zie hiervoor). De vereniging verkeert, blijkens de toelichting op haar Ontwerp, in de onterechte veronderstelling dat het adviesrecht als bedoeld in art. 25 WOR niet geldt in faillissement. [295] Als haar voorstel wordt overgenomen, ligt het voor de hand de verkorte termijn ook te laten gelden in faillissement.

[294] Verder stelt INSOLAD voor art. 27 lid 5 WOR (vernietigbaarheid van besluit dat is genomen zonder de vereiste instemming van de OR) buiten toepassing te verklaren. Een heldere motivering daarvoor ontbreekt.

[295] Zie INSOLAD, *Toelichting op het INSOLAD ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling*, p. 26 (‘Voorts is, anders dan in faillissement, voorzien in een meldplicht onder de Wet Melding Collectief Ontslag en in het adviesrecht van de ondernemingsraad als bedoeld in art. 25 WOR’).

VII. Rechtsvergelijking

VII.1 België

VII.1.1 Insolventieprocedures

De Belgische procedures die samenhangen met insolventie van ondernemingen zijn neergelegd in de Faillissementswet (hierna: Fw)[296] en de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen (hierna: WCO).[297] Laatstgenoemde regeling verving in 2009 de Wet betreffende het gerechtelijk akkoord.[298] In hoofdzaak gaat het om twee procedures: de 'gerechtelijke reorganisatie' en het 'faillissement'.

De gerechtelijke reorganisatie strekt tot het (onder toezicht van de rechter) behouden van het geheel of van een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten (art. 16 WCO). Zij is bedoeld om een kader te scheppen waarbinnen een oplossing kan worden gezocht voor de financiële problemen van de onderneming ter vermijding van een faillissement.[299] De procedure fungeert als een 'toegangsportaal', waarachter drie wegen schuil gaan die een onderneming in moeilijkheden kan proberen te benutten om te reorganiseren.[300] Die wegen zijn:
- het sluiten van een minnelijk akkoord (gerechtelijk of buitengerechtelijk);
- het sluiten van een collectief akkoord;
- de overdracht onder gerechtelijk gezag van de gehele of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten aan één of meerdere derden.

Als de continuïteit van de onderneming onmiddellijk of op termijn bedreigd is, verleent de Rechtbank van Koophandel de schuldenaar, op diens verzoek, 'opschorting' van betalingsverplichtingen: een moratorium van in beginsel maximaal zes maanden om een van de drie bovengenoemde opties te realiseren (art. 23 en art. 24 jo. art. 2 onder *o* WCO).[301] Bij zijn verzoek dient de schuldenaar een aantal stukken te voegen, waaronder een uiteenzetting van de gebeurtenissen waarop zijn verzoek is gegrond, recente jaarrekeningen, een volledige lijst van erkende of beweerde schuldeisers en, zo mogelijk, de maatregelen en voorstellen die hij overweegt om de rendabiliteit en de solvabiliteit van zijn onderneming te herstellen, om een eventueel sociaal plan in te zetten en om de schuldeisers te voldoen (art. 17 § 2 WCO).[302]

Uitgangspunt is dat de rechtbank slechts tot de derde variant van de gerechtelijke reorganisatie, een overdracht onder gerechtelijk gezag, beveelt wanneer de schuldenaar die

[296] Wet van 8 augustus 1997, *BS* 28.10.1997.
[297] Wet van 31 januari 2009, *BS* 09.02.2009, zoals gewijzigd bij Wet van 27 mei 2013, *BS* 22.07.2013.
[298] Wet van 17 juli 1997, *BS* 28.10. 1997
[299] De staat van faillissement sluit op zich echter niet de procedure van gerechtelijke organisatie uit: zie art. 23 § 3 WCO.
[300] Vgl. WODC, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma herijking faillissementsrecht*, Nijmegen 2013, p. 3. Bij de aanvraag hoeft de ondernemer nog geen keuze te maken. Dit kan ook later nog gebeuren.
[301] Indien de schuldenaar een rechtspersoon is, wordt de continuïteit van zijn onderneming op grond van art. 23 § 2 WCO in elk geval geacht bedreigd te zijn wanneer de verliezen het netto actief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal.
[302] Vanaf de datum van de indiening van het verzoekschrift tot aan de beslissing van de rechtbank – uiterlijk achttien dagen daarna (art. 24 § 1 WCO) – en tijdens de opschorting kan de schuldenaar niet failliet worden verklaard (art. 30 WCO).

om opschorting heeft verzocht daarmee instemt (art. 59 § 1 WCO). Zij kan onder omstandigheden echter ook bevolen worden op verzoek van de Procureur des Konings, van een schuldeiser of van een derde die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven. Deze gedwongen overdracht kan onder meer aan de orde zijn wanneer de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt zonder een procedure van gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd (art. 59 § 2 WCO).

In het vonnis dat tot overdracht beveelt, wijst de rechtbank een 'gerechtsmandataris' aan die wordt belast met het organiseren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar (art. 60 WCO).[303] Deze gerechtsmandataris wint offertes in en waakt bij voorrang over het behoud van (een gedeelte van) de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. Om in aanmerking te worden genomen, moet de geboden prijs voor alle verkochte of overgedragen activa gelijk zijn aan of hoger zijn dan de vermoedelijke waarde van gedwongen tegeldemaking in geval van faillissement of vereffening.[304] De wet schrijft verder expliciet voor dat, indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, de mandataris de voorkeur dient te geven aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord (art. 62 WCO).

De faillissementsprocedure is gericht op liquidatie van de boedel en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers. Een onderneming bevindt zich in een staat van faillissement wanneer zij duurzaam heeft opgehouden te betalen en haar ´krediet geschokt is´ (art. 2 Fw). Faillietverklaring geschiedt bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel. Veelal wordt het faillissement uitgesproken op verzoek van een of meer schuldeisers, maar zij kan ook geschieden op eigen aangifte (art. 6 Fw). Vanaf de dag van het vonnis verliest de gefailleerde van rechtswege het beheer over al zijn goederen (art. 16 Fw). Bij het vonnis stelt de rechtbank een of meer curatoren aan, die belast zijn met het beheer en de vereffening van de boedel onder toezicht van een rechter-commissaris (art. 11 Fw). Volgens het Hof van Cassatie is het faillissementsvonnis een rechterlijke beslissing die in de regel de stopzetting van de activiteiten van de onderneming oplegt.[305] De curator en andere belanghebbenden – die ook werknemer kunnen zijn – kunnen de rechtbank echter verzoeken om de exploitatie geheel of gedeeltelijk voort te zetten (art. 47 Fw). De rechtbank kan dit verzoek slechts inwilligen indien het belang van de schuldeisers niet aan een dergelijke voortzetting in de weg staat. Voorts is niet uitgesloten dat de activa van de failliete onderneming worden overgenomen en dat de activiteiten met (een deel van) het personeel worden voortgezet door een derde.

[303] In dat vonnis kan de rechtbank bovendien een bijkomende opschorting bevelen voor ten hoogste zes maanden (art. 60 WCO).
[304] Deze verduidelijking werd in 2013 in de WCO opgenomen omdat in sommige gevallen de onderneming werd verkocht onder de liquidatiewaarde, met het doel om de werkgelegenheid te redden.
[305] Zie onder meer Cass. 25 juni 2001, AR S000041N en Cass. 24 juni 2004, AR S030110N.

VII.1.2 De rechtspositie van de individuele werknemer

VII.1.2.1 Gerechtelijke reorganisatie

De aanvraag en de opening van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie hebben in beginsel geen invloed op de arbeidsovereenkomsten en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen. De wettelijke bevoegdheid om lopende overeenkomsten voor de duur van de opschorting niet uit te voeren, is niet toepasselijk op arbeidsovereenkomsten (art. 35 § 2 slot WCO). Executie en beslag door werknemers ter zake van de bij de opening van de procedure reeds bestaande vorderingen zijn echter uitgesloten (art. 30 en 31 WCO).

Overgang van onderneming

Voor ons onderzoek is vooral de derde variant van de gerechtelijke reorganisatie van belang, de overdracht van (een gedeelte van) de onderneming onder gerechtelijk gezag. Deze variant kan ingrijpende gevolgen hebben voor de rechtspositie van de betrokken werknemers. Tot 1 augustus 2013 bevatte art. 61 van de WCO daarvoor een basisregeling. Op grond van § 6 van dit wetsartikel bleven de daarin opgenomen bepalingen gelden tot de bekrachtiging door de Koning van een collectieve arbeidsovereenkomst over deze aangelegenheid gesloten in de Nationale Arbeidsraad. Deze cao (nr. 102) kwam in 2011 tot stand en werd in 2013 algemeen verbindend verklaard.[306] Naar aanleiding daarvan is art. 61 WCO aangepast. Het artikel stelt thans de cao voorop.

De basisprincipes van het oorspronkelijke art. 61 WCO zijn in cao nr. 102 overgenomen. Het voor ons onderzoek belangrijkste verschil is dat het oude artikel bij een overdracht op vordering van een derde of van het openbaar ministerie, de aansprakelijkheid van de verkrijger voor de schulden uit bestaande arbeidsovereenkomsten uitsloot, indien de betaling daarvan werd overgenomen door het Sluitingsfonds (zie daarover VII.1.3). De Nationale Arbeidsraad heeft deze, aan art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG ontleende beperking bewust niet overgenomen in cao nr. 102 om te voorkomen dat de financiële positie van het waarborgfonds in gevaar zou worden gebracht of dat juridische constructies ten nadele van de collectiviteit zouden kunnen worden opgezet.[307]

Art. 8 van cao nr. 102 regelt de informatieverstrekking door de gerechtsmandataris aan de kandidaat-overnemer en de betrokken werknemers.[308] Blijkens het onder de bepaling opgenomen commentaar is het de bedoeling om de kandidaat-overnemer met de informatie een duidelijk beeld te geven van de rechten en verplichtingen waartoe hij bij een eventuele overname tegenover het personeel gehouden is. Op grond van § 1 van het artikel dient de hij door de gerechtsmandataris te worden geïnformeerd over de individueel met de betrokken werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden, de onbetaald gebleven opeisbare verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten en de eventuele vorderingen die de werknemers hebben ingesteld. Art. 8 § 2 verplicht de gerechtsmandataris voorts deze informatie eveneens schriftelijk ter kennis te brengen van de betrokken werknemers. Dit

---

[306] KB van 14 april 2013, *BS* 25.04.2013.

[307] Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad, p. 17.

[308] Voor de toepassing van cao nr. 102 omvat het begrip 'werknemer' niet alleen de personen die krachtens een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten, maar ook degenen die dat doen op grond van een leerovereenkomst (art. 5 cao nr. 102). Voorts worden met hen gelijkgesteld de personen die, anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst, arbeid verrichten onder het gezag van een andere persoon (art. 6 cao nr. 102).

geeft hun de mogelijkheid de gegevens te controleren. Zij hebben vervolgens één maand de tijd om de inhoud van de kennisgeving te betwisten. De kandidaat-overnemer wordt ook daarvan op de hoogte gebracht. Art. 8 § 3 verplicht de gerechtsmandataris ten slotte de kandidaat-overnemer bepaalde gegevens te verstrekken die betrekking hebben op verplichtingen van de schuldenaar uit hoofde van de ondernemings-cao of het toepasselijke arbeidsreglement.

Art. 9 van cao nr. 102 formuleert vervolgens het uitgangspunt dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overdracht bestaande arbeidsovereenkomsten door de overdracht overgaan op de verkrijger.[309] Dit strookt met de regeling voor de overgang van een onderneming krachtens overeenkomst.[310] Dit basisprincipe wordt voor de overdracht onder gerechtelijk gezag echter in belangrijke mate genuanceerd ten aanzien van de rechten en verplichtingen die de schuldenaar individueel met de overgenomen werknemers is overeengekomen. Hiervoor geldt namelijk dat de verkrijger slechts tot naleving daarvan gehouden is voor zover hij door de gerechtsmandataris vóór de overdracht van die verplichtingen op de hoogte is gesteld.[311] Aldus wordt vermeden dat onvoorzienbare verplichtingen worden opgelegd aan een kandidaat-overnemer, hetgeen een afschrikkingseffect ten aanzien van mogelijke overnemers zou kunnen hebben.[312] De collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden gaan in beginsel wel steeds over, ook wanneer een kennisgeving door de gerechtsmandataris achterwege is gebleven.[313]

Art. 10 en art. 11 van cao nr. 102 voorzien daarenboven in mogelijkheden om bij een overdracht onder gerechtelijk gezag de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers te wijzigen. Deze mogelijkheden ontbreken bij een overgang krachtens overeenkomst.[314] Zij beogen de kansen op de succesvolle overname van een onderneming, en dus het behoud van werkgelegenheid, te vergroten.[315] Art. 10 ziet op de collectief overeengekomen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden. De schuldenaar of de gerechtsmandataris, de (kandidaat-) overnemer en de vertegenwoordigers van de betrokken werknemers kunnen bij cao overeenkomen om wijzigingen aan te brengen in de bestaande collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden. Het gaat dan met name om salarisstructuren, het functiegebouw of een reglement. Voorwaarde voor de wijzigingen is dat zij beogen de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren. Op grond van art. 11 van cao nr. 102 kan de (kandidaat-) overnemer samen met de betrokken werknemers ook wijzigingen aanbrengen in de

---

[309] De overnemer is evenwel niet aansprakelijk voor de achterstallige bijdragen in het kader van de socialezekerheidswetten: zie art. 41quinquies § 4 van de Wet op de sociale zekerheid.

[310] Zie art. 7 cao 32*bis*, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement.

[311] De schulden van de schuldenaar die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten van de overgenomen werknemers en die opeisbaar worden na opening van de procedure of na het vonnis dat overdracht onder gerechtelijk gezag beveelt maar vóór het tijdstip van de overdracht, blijven op grond van art. 16 van cao nr. 102 ten laste van de schuldenaar.

[312] Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad, p. 16.

[313] Op grond van art. 20 en art. 23 van de Wet van 5 december 1968, betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, moet de nieuwe werkgever aan wie een onderneming geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen, de cao die de vroegere werkgever bond, eerbiedigen totdat zij ophoudt uitwerking te hebben.

[314] Wij laten art. 8*bis* van cao 32*bis* inzake de overgang in het kader van de rechterelijk akkoord hier buiten beschouwing, omdat deze procedure met de WCO in 2009 werd vervangen door de gerechtelijke reorganisatie.

[315] Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad, p. 19.

bestaande individuele arbeidsovereenkomsten. Deze wijzigingen zijn echter slechts geoorloofd wanneer zij hoofdzakelijk gebaseerd zijn op technische, economische of organisatorische redenen.[316]

In tegenstelling tot de overgang van (een onderdeel van) de onderneming krachtens overeenkomst, waarbij alle werknemers moeten worden overgenomen, komt niet al het personeel bij een overdracht onder gerechtelijk gezag automatisch in dienst bij de verkrijger. De keuze welke werknemer wel en welke werknemer niet mee overgaat, is ingevolge art. 61 § 13 WCO jo. art. 12 cao nr. 102 aan de (kandidaat-) overnemer. De overnemer moet zijn keuze echter doen rusten op technische, economische of organisatorische gronden. Hij mag voorts geen verboden onderscheid maken.[317] Ten slotte verbieden de WCO en de cao uitdrukkelijk benadeling van werknemers vanwege hun activiteiten als werknemersvertegenwoordiger.[318] Aldus wordt getracht een evenwicht te creëren tussen enerzijds het belang om de slaagkansen van de overdracht niet in gevaar te brengen en anderzijds de gerechtvaardigde belangen van de werknemers van de overgedragen onderneming.[319]

Uit de literatuur kunnen overigens kritische geluiden worden vernomen, in het bijzonder met betrekking tot het niet van rechtswege overgaan van niet-meegedeelde individuele aanspraken op de verkrijger en diens keuzerecht met betrekking tot het over te nemen personeel, in die zin dat men zich afvraagt of de beperkingen van de overgang zich wel verdragen met Richtlijn 2001/23/EG.[320]

Tussen de schuldenaar en de overnemer wordt een overeenkomst van voorgenomen overdracht gesloten. De overeenkomst dient op grond van art. 13 cao nr. 102 ten minste de volgende informatie te bevatten:

- een lijst van de over te nemen werknemers;
- een lijst van de schulden en vorderingen van de werknemers die aan de overnemer ter kennis werden gebracht;
- de lijst van de rechten en verplichtingen ten aanzien van de werknemers die zullen worden overgenomen;
- de eventuele wijzigingen aan die rechten en verplichtingen die in het vooruitzicht worden gesteld;
- de eventuele individuele betwistingen met betrekking tot de inhoud van de individuele kennisgeving aan de werknemers die niet aanvaard werden door de

[316] Volgens het Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad is deze bepaling een toepassing van het algemeen principe dat de arbeidsovereenkomst door onderlinge wilsovereenstemming gewijzigd kan worden (p. 19).

[317] Het paritaire commentaar bij de cao verwijst naar de anti-discriminatiewetgeving, waaronder begrepen cao nr. 95 van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie. Deze verbiedt elke vorm van discriminatie op grond van leeftijd, geslacht of seksuele geaardheid, burgerlijke staat, ziekteverleden, ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, politieke of levensovertuiging, handicap, lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie.

[318] Art. 61 § 3 WCO en art. 12 cao nr. 102 bevatten een weerlegbaar rechtsvermoeden voor de afwezigheid van verboden discriminatie.

[319] Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad, p. 21.

[320] Zie onder meer H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, *JTT* 2009, p. 183 en 184; K. de Schutter en F. Saelens, Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie, *Oriëntatie* 2009/6, p. 153; J. Peeters, Rechtspositie van de werknemers in de WCO, *FARE* 2012, nr. 43, Mechelen: Kluwer, I.L-63 tot en met 65 en J. van Riel, Overdracht van een bedrijfstak of algemeenheid en/in gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, *Jura Falconis* Jg. 47, 2010/11, p. 646.

gerechtsmandataris; het voorgestelde tijdstip van overdracht onder gerechtelijk gezag.

De overeenkomst van voorgenomen overdracht kan ter homologatie worden voorgelegd aan de Arbeidsrechtbank (voorafgaand aan de homologatie van het totale reorganisatieplan door de Rechtbank van Koophandel). De Arbeidsrechtbank kan de homologatie weigeren wanneer niet wordt voldaan aan de wettelijke voorwaarden of als sprake is van schending van de openbare orde (art. 61 § 5 WCO). Verleent zij de homologatie, dan is de verkrijger tot geen andere schulden en verplichtingen gehouden dan die welke voorkomen in de overeenkomst waarvan de homologatie is gevraagd (art. 61 § 6 WCO).[321] Het niet verkrijgen van homologatie van de Arbeidsrechtbank, hoeft homologatie door de Rechtbank van Koophandel en de overdracht van de onderneming op zichzelf niet te verhinderen.[322] De verkrijger loopt in dat geval echter wel het risico door de overgenomen werknemers te worden aangesproken tot voldoening van verplichtingen die niet in de hiervoor bedoelde overeenkomst zijn opgenomen.[323]

De schuldenaar en de overnemer zijn op grond van art. 15 cao nr. 102 hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die overeenkomstig art. 8 van de cao aan laatstgenoemde ter kennis zijn gebracht door de gerechtsmandataris. De schulden waarover de kandidaat-overnemer niet is geïnformeerd, ongeacht of dit al dan niet bewust gebeurde (art. 14 cao nr. 102), en de schulden aan werknemers die opeisbaar worden tijdens de procedure (art. 16 cao nr. 102), blijven in beginsel ten laste van de schuldenaar.

VII.1.2.2 Faillissement

Art. 26, tweede lid, van de Belgische Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt uitdrukkelijk dat het faillissement van de werkgever op zichzelf geen geval van overmacht oplevert, dat een einde maakt aan de verplichtingen van partijen. Het faillissement van de onderneming brengt derhalve niet automatisch het einde van de arbeidsovereenkomsten van de betrokken werknemers mee. Het Hof van Cassatie gaat er evenwel vanuit dat de faillietverklaring in de regel ook de stopzetting van de activiteiten meebrengt en dat de curator daarom de arbeidsovereenkomsten direct na zijn aanstelling zal beëindigen. De exploitatie kan echter op grond van art. 47 Fw worden voortgezet wanneer het belang van de schuldeisers daaraan niet in de weg staat.[324]

Op grond van art. 46 Fw beslist de curator na zijn ambtsaanvaarding onmiddellijk of hij de overeenkomsten die voor de datum van het vonnis van de faillietverklaring zijn gesloten, al dan niet verder zal uitvoeren. Beslist de curator tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dan vallen de vorderingen van de werknemer in de boedel. Het loon en de in het loon begrepen vergoedingen die verschuldigd zijn wegens beëindiging van hun dienstbetrekking – ongeacht of die beëindiging plaatsvond vóór of na de faillietverklaring – zijn op grond van art. 19 aanhef, onder 3*ter*, van de Hypotheekwet jo. art. 90 van de Fw

[321] De wijzigingen van de collectief overeengekomen of toegepaste arbeidsvoorwaarden zijn onderworpen aan de opschortende voorwaarde van het sluiten van een cao.

[322] Vgl. Arbeidsrechtbank Bergen 16 september 2011, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2011/5, p. 522-526

[323] J. Peeters, Rechtspositie van de werknemers in de WCO, *FARE* 2012, nr. 43, Mechelen: Kluwer, I.L- 51; P. Hufman, Arbeidsrechtelijke gevolgen van een doorstart in Duitsland en België, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierecht-praktijk* 2014/8, nr. 362.

[324] Dit doet volgens het Hof echter niet af aan de wezenlijke aard van de procedure: Cass. 24 juni 2004, AR S030110N.

bevoorrecht. Dit voorrecht is wat het loon betreft beperkt tot € 7500 bruto. Deze beperking geldt niet voor de ontslagvergoeding. Vaak zal de werknemer voor de betaling van zijn vorderingen een beroep moeten doen op het Sluitingsfonds (zie § VII.1.3).

Besluit de curator de arbeidsovereenkomst voort te zetten, dan vormt het loon over het tijdvak na de faillietverklaring een boedelschuld. Deze schulden dienen bij voorrang uit de opbrengst betaald te worden, vóór alle schuldeisers in de boedel. Geruime tijd was onduidelijk hoe om te gaan met de zogenoemde 'verbrekingsvergoeding'. De hoogte daarvan is gerelateerd aan de opzegtermijn, die op haar beurt weer afhankelijk is van de diensttijd van de werknemer.[325] De aanspraak op de vergoeding ontstaat op het moment van de beëindiging. Betekent dit dan ook dat de gehele vergoeding als boedelschuld moet worden aangemerkt of alleen het deel dat betrekking heeft op de periode na het faillissementsvonnis? In 2009 oordeelde het Hof van Cassatie in laatst bedoelde zin. Alleen het deel van de vergoeding dat gerelateerd kan worden aan de periode na het faillissementsvonnis vormt een boedelschuld. Het deel dat ziet op de periode daaraan voorafgaand, is slechts een (bevoorrechte) schuld in de boedel (zie ook art. 46 § 1 lid 3 Fw).[326]

Om de boedel zoveel mogelijk te beschermen en discussies over prestaties geleverd vóór of na de faillietverklaring zoveel mogelijk te vermijden, geeft de curator er veelal de voorkeur aan de bestaande arbeidsovereenkomsten na de faillietverklaring met onmiddellijke ingang te beëindigen. Wil hij de exploitatie van de onderneming voortzetten, dan kan hij werknemers van de failliet een nieuwe arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd of voor een bepaald werk) aanbieden met andere arbeidsvoorwaarden dan voorheen.[327]

Activaoverdracht na faillissement

Bij een overname van de activa van een failliete onderneming door een derde is geen sprake van een automatische overgang van rechten en verplichtingen van de vervreemder naar de verkrijger. Op grond van hoofdstuk III van cao nr. 32*bis* is de verkrijger vrij te kiezen of en zo ja, welke werknemers van de failliete onderneming hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt (art. 11 en 12). De in cao nr. 102 opgenomen beperking van deze vrijheid, in die zin dat de keuze gebaseerd moet zijn op technische, economische of organisatorische gronden, geldt niet voor de overname na faillissement.

Art. 13 en art. 15 van cao nr. 32*bis* voorzien in het behoud van de collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden, behoudens andersluidende collectieve afspraken tussen de kandidaat-overnemer en de vakbondsafvaardiging of de vertegenwoordigers van de representatieve vakorganisaties. Individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden blijven in beginsel niet behouden, met uitzondering van de door de

[325] Art. 37 en 39 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

[326] Cass. 16 januari 2016, C.07.0484.N. Zie daarover uitgebreid: R.Crivits & C. Persyn, Voortgezette arbeidsovereenkomsten bij faillissement, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2009/203, p. 430.

[327] Zie H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, *JTT* 2009, p. 195.

werknemer bij de failliet verworven anciënniteit (art. 14 cao nr. 32*bis*).[328] Deze is van belang voor de berekening van de opzegtermijn en de verbrekingsvergoeding.[329]

VII.1.3 Het Sluitingsfonds

De Wet van 26 juni 2002, betreffende de sluiting van de ondernemingen (hierna: de Sluitingswet) [330] voorziet in de eerste plaats in een door de werkgever aan de werknemers met een onbepaalde-tijdcontract te betalen ‘sluitingsvergoeding’ van € 153,80 per dienstjaar met een maximum van € 3.076 (art. 23 Sluitingswet). Voor de dienstjaren boven 45 jaar is daarbovenop een toeslag verschuldigd met een maximum van € 2.922,20 (bedragen: niveau 1 december 2012). De vergoeding kan cumuleren met andere ontslagvergoedingen en door de werknemer te ontvangen socialezekerheidsuitkeringen (art. 25 Sluitingswet).
De verplichting tot betaling van een sluitingsvergoeding rust in beginsel slechts op de werkgever die gemiddeld ten minste twintig werknemers tewerkstelde tijdens de vier trimesters voorafgaand aan het trimester gedurende hetwelk de definitieve stopzetting van de hoofdactiviteit van de onderneming heeft plaatsgevonden. Zij is voorts verschuldigd door werkgevers met tussen vijf en twintig personeelsleden, wanneer de onderneming failliet werd verklaard en de datum van de sluiting valt na de datum van het faillissement (art. 10 Sluitingswet).

De Sluitingswet voorziet verder in de oprichting van een ‘Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers’, hierna: het Sluitingsfonds (art. 27 Sluitingswet). Dit fonds is onder bepaalde voorwaarden en binnen zekere grenzen gehouden tot het waarborgen van verplichtingen van de werkgever die in gebreke blijft ten opzichte van de werknemer. Het fonds kan de aan de werknemer uitbetaalde bedragen verhalen op de werkgever. Het treedt van rechtswege in de rechten en de vorderingen van de werknemer tegenover de werkgever of curator (art. 61 Sluitingswet). De garantieverplichting van het Sluitingsfonds omvat onder meer de volgende verplichtingen:[331]

1. de door de werkgever of curator verschuldigde, maar niet betaalde sluitingsvergoeding (art. 33 Sluitingswet);

[328] Daarover onder anderen: S. Marquant, Synergieën en economische samenwerkingsverbanden: arbeidsrechtelijke implicaties, *Orientatie* 2012/10, p. 279-294.

[329] De art. 12 tot met 15 van cao nr. 32*bis* zijn uitsluitend van toepassing wanneer de activaoverdracht plaatsvindt binnen zes maanden na de faillietverklaring en de werknemers tegelijkertijd of binnen zes maan¬den na de activa-overdracht door de verkrijger worden overgenomen (art. 11 cao nr. 32*bis*)

[330] Zie uitgebreid over deze wet: R. Deputter, K. Florizoone & C. Fréhis, *Wet betreffende de sluiting van ondernemingen*, Mechelen: Kluwer 2007. Voor de toepassing daarvan verstaat men onder sluiting van een onderneming de definitieve stopzetting van de hoofdactiviteit van de bedrijfseenheid (of een afdeling daarvan), wanneer het aantal werknemers is verminderd tot onder het vierde van het aantal werknemers dat gemiddeld was tewerkgesteld in de onderneming tijdens de vier trimesters voorafgaand aan het trimester gedurende hetwelk de definitieve stopzetting van de hoofdactiviteit van de onderneming heeft plaatsgevonden (art. 3 Sluitingswet).

[331] De navolgende opsomming is niet compleet. De in afdelingen 5 tot en met 8 van de Sluitingswet geregelde vergoedingen, onder meer voor de door de werkgever verschuldigde aanvullende vergoeding bij brugpensioen, blijven buiten bespreking.

2. de onbetaald gebleven lonen en andere vergoedingen (opzeggingsvergoeding, vakantiegeld e.d.), verschuldigd krachtens de wet of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst (art. 35 Sluitingswet);[332]
3. een overbruggingsvergoeding gelijk aan het (gemaximeerde) loon voor werknemers wier activiteit werd onderbroken ten gevolge van het faillissement van de onderneming, en die opnieuw in dienst worden genomen door de werkgever die de activa heeft overgenomen (art. 41 Sluitingswet).[333]

De betalingen door het fonds zijn gemaximeerd (art. 37 Sluitingswet). Voor de lonen, de vergoedingen en de voordelen, met uitzondering van de opzeggingsvergoeding, is het maximale bedrag € 6.750. Voor het vakantiegeld dat aan de bedienden verschuldigd is: het bedrag wordt begrensd op € 4.500. Het maximale bedrag dat het fonds per werknemer kan verstrekken, inclusief opzeggingsvergoeding, is € 25.000.

VII.1.4 Medezeggenschap

VII.1.4.1 Algemeen

Voor de betrokkenheid van de ondernemingsraad en vakorganisaties in insolventie-procedures is in de eerste plaats van belang het KB van 27 november 1973 betreffende de aan de ondernemingsraad te verstrekken economische en financiële inlichtingen.[334] Dit KB bevat (uitsluitend) een informatieverplichting voor de werkgever in het geval zich gebeurtenissen voordoen of interne beslissingen worden genomen die een belangrijke weerslag kunnen hebben op de onderneming (art. 25 KB). Een faillissementsaanvraag en het indienen van een verzoek tot gerechtelijke reorganisatie worden als zodanig aangemerkt.[335]

Verder is voor de medezeggenschap van werknemers relevant cao nr. 9 van 9 maart 1972, houdende ordening van de in de Nationale Arbeidsraad gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden.[336] Op grond van art. 11 van cao nr. 9 moet de ondernemingsraad vooraf worden ingelicht in geval van fusie, concentratie, overname, sluiting of andere belangrijke structuurwijzigingen ‘waaromtrent

[332] Voorwaarde voor overneming van deze betalingsverplichtingen is in het algemeen dat aan de arbeidsovereenkomst is geëindigd in het tijdvak gelegen tussen dertien maanden voorafgaand aan de sluitingsdatum tot twaalf maanden na die datum (art. 36 Sluitingswet).

[333] De overname van activa van de onderneming in faillissement moet plaatsvinden binnen een termijn van zes maanden vanaf de datum van het faillissement. Deze termijn beloopt negen maanden wanneer de activiteit voorlopig wordt verder gezet door de curator (art. 12 Sluitingswet). Om in aanmerking te komen voor de overbruggingsvergoeding moeten de werknemers op de dag van de faillietverklaring nog in dienst zijn of kort daarvoor onregelmatig zijn ontslagen worden aangeworven door de overnemer die de activa heeft overgenomen hetzij na het faillissement maar voordat de overname van de activa plaatsvindt; hetzij op het ogenblik van de overname van de activa; of binnen een termijn van zes maanden na de overname van de activa; de termijn voor de overname van personeel wordt beperkt tot maximum twaalf maanden na het faillissement wanneer de activiteiten werden voortgezet door de curator (art. 42 Sluitingswet).

[334] *BS* 28 november1973, gebaseerd op art. 15 aanhef, onder b, van de Wet houdende organisatie van het bedrijfsleven.

[335] Zie Cass. 30 april 1986, *Soc. Kron*. 1986, 240; H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, *JTT* 2009, p. 178 en p. 193; K. de Schutter en F. Saelens, Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie, *Oriëntatie* 2009/6, p. 142 en p. 145; J. Peeters, Rechtspositie van de werknemers in de WCO, *FARE* 2012, nr. 43, Mechelen: Kluwer, I.L- 15 en 20.

[336] Op grond van art. 24 van cao nr. 5 van 24 mei 1971, betreffende het statuut van de syndicale afvaardigingen van het personeel der ondernemingen neemt, bij ontstentenis van een ondernemingsraad, de vakbondsafvaardiging de bevoegdheden van de raad over.

de onderneming onderhandelingen voert'. Bovendien dient raadpleging plaats te vinden over de weerslag van deze structuurwijzigingen op de vooruitzichten voor de werkgelegenheid, de organisatie van het werk en het werkgelegenheidsbeleid in het algemeen. Omdat het indienen van een faillissementsaanvraag of een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie als zodanig geen structuurwijziging is, wordt dit artikel daarop veelal niet van toepassing geacht.[337] Deze kunnen echter wel vallen onder het in 2008 in verband met de implementatie van Richtlijn 2002/14/EG gewijzigde art. 4 van cao nr. 9.[338] Op grond van deze bepaling is de werkgever verplicht de vertegenwoordigers van de werknemers te informeren en te raadplegen voorafgaand aan beslissingen 'die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen'.[339]

VII.1.4.2 Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen

Ingevolge art. 17 § 2, onder 9 WCO dient de schuldenaar, bij het neerleggen van zijn verzoek tot het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, aan te tonen dat hij heeft voldaan aan de wettelijke of conventionele verplichtingen de werknemers of hun vertegenwoordigers in te lichten of te raadplegen. Ook na opening van de procedure blijven de algemene medezeggenschapsregels gelden.[340] De WCO voorziet voorts in een aantal bepalingen die de rechtbank verplichten om de werknemersvertegenwoordigers te horen.[341] Deze hoorplicht is onder meer aan de orde wanneer de schuldenaar in de loop van de procedure instemt met een overdracht onder gerechtelijk gezag (art. 59 § 1 WCO), alvorens de gerechtsmandataris machtiging te verlenen tot verkoop van de onderneming (art. 64 WCO) en voordat homologatie wordt verleend van de overeenkomst tot overdracht (art. 65 § 5 WCO).

Art. 7 cao nr. 102 bevat ten slotte een informatieplicht vergelijkbaar aan die in het hiervoor besproken art. 15*bis* van cao nr. 32*bis* voor ondernemingen zonder ondernemingsraad of vakbondsafvaardiging. [342] In dat geval moeten de bij de overdracht onder gerechtelijk gezag betrokken werknemers vooraf in kennis worden gesteld van:

- het tijdstip of het voorgenomen tijdstip van de overdracht;
- de redenen van de overdracht;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overdracht voor de werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.[343]

---

[337] H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, *JTT* 2009, p. 179.
[338] Zie cao nr. 9ter van 27 februari 2008.
[339] Vgl. met betrekking tot de overdracht onder gerechtelijke gezag J. Peeters, Rechtspositie van de werknemers in de WCO, *FARE* 2012, nr. 43, Mechelen: Kluwer, I.L-21, die in dat kader tevens verwijst naar de verplichting van de schuldenaar om in het verzoekschrift de mogelijkheid moet vermelden om 'een eventueel sociaal plan' in te zetten.
[340] K. de Schutter en F. Saelens, Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie, *Oriëntatie* 2009/6, p. 143 e.v.
[341] Het gaat daarbij soms om een verplichting van de Rechtbank van Koophandel, soms om een verplichting van de Arbeidsrechtbank.
[342] Voor de informatie- en raadplegingverplichting van de werknemersvertegenwoordigers verwijst het paritair commentaar bij cao nr. 102 naar cao nr. 9 en cao nr. 5.
[343] Hiermee wordt artikel 7 lid 6 van de Richtlijn 2001/23/EG in Belgisch recht omgezet. Vgl. Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad, p. 22.

Deze informatieplicht rust zowel op de schuldenaar (of de gerechtsmandataris[344]) als op de kandidaat-overnemer.

VII.1.4.3 Faillissementswet

Art. 9 van de Fw verplicht de werkgever uiterlijk op het moment dat de griffier de akte opmaakt van de aangifte, deze aangifte en de gegevens tot staving van de staat van faillissement mee te delen aan de werknemersvertegenwoordiging of, bij het ontbreken daarvan, aan een afvaardiging van de werknemers. Deze informatie dient vervolgens met de werknemersvertegenwoordigers te worden besproken.[345] Verder bepaalt art. 47 Fw dat de curator slechts tot voortzetting van de onderneming kan beslissen na overleg met de representatieve vakbonden en verplicht het artikel de rechtbank de werknemersvertegenwoordigers te horen wanneer zij over die voortzetting beslist.

Voorts wijzen wij erop dat art. 15*bis* van cao nr. 32*bis* een bijzondere bepaling bevat voor de informatieverstrekking aan werknemers die van toepassing is in het geval dat de activa van de failliete onderneming binnen zes maanden na de faillietverklaring geheel of gedeeltelijk worden overgedragen en door de verkrijger binnen zes maanden na de activa-overdracht tevens werknemers worden overgenomen. Het artikel is slechts van belang voor ondernemingen waar noch een ondernemingsraad, noch een vakbondsafvaardiging bestaat. In dat geval moeten de betrokken werknemers vooraf in kennis worden gesteld van:

- de datum of de voorgenomen datum van de activaovername;
- de redenen van die overname;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overname voor de werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Voor de informatie- en raadplegingverplichting in ondernemingen waar wel een ondernemingsraad of een vakbondsafvaardiging aanwezig is, verwijst het commentaar bij cao nr. 32*bis* – net als dat bij cao nr. 102 – naar de cao's nr. 9 en nr. 5.

Met betrekking tot aanvullende, in de toepasselijke cao opgenomen verplichtingen van de werkgever om met het oog op het behoud van de werkgelegenheid een bijzondere informatie- en/of consultatieprocedure te doorlopen, oordeelde het Hof van Cassatie in 2004 dat de curator niet gehouden is deze na te leven.[346] Een dergelijke procedure kan volgens het Hof in geval van faillissement niet bijdragen tot de beoogde werkzekerheid en wordt bovendien in strijd geacht met de dwingende wetsbepalingen die omschrijven op welke wijze de curator de boedel moet beheren.

VII.1.4.4 Collectief ontslag

Indien sprake is van een ontslag van meerdere werknemers moet mogelijk eveneens rekening worden gehouden met de regelgeving inzake het collectief ontslag. Van een collectief ontslag is in de Belgische regelgeving sprake wanneer in een periode van zestig

[344] J. Peeters, Rechtspositie van de werknemers in de WCO, FARE 2012, nr. 43, Mechelen: Kluwer, I.L- 68

[345] Bespreking is echter geen voorwaarde voor de geldigheid van de faillissementsprocedure. Vgl. H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, *JTT* 2009, p. 193.

[346] Cass. 24 juni 2004, AR S.03.0110.N (dit geldt ook voor daarin opgenomen, andere maatregelen met het oog op het behoud van de werkgelegenheid). Vgl. Cass. 20 juni 2011, S.10.0159.N. met betrekking tot de bijzondere procedure voor (kandidaat-) personeelsafgevaardigden neergelegd in de Wet Ontslagregeling personeelsafgevaardigden.

dagen een bepaald aantal werknemers wordt ontslagen om niet in de persoon van die werknemers gelegen redenen. Dat aantal is ten minste tien voor ondernemingen waar gemiddeld meer dan twintig en minder dan honderd werknemers werkzaam zijn; minimaal 10 % van het aantal werknemers in de ondernemingen met gemiddeld ten minste honderd en minder dan driehonderd werknemers en ten minste dertig in de ondernemingen waar gemiddeld ten minste driehonderd werknemers zijn tewerkgesteld.[347]

Genoemde regelgeving kent in de eerste plaats een verplichting voor de werkgever om werknemersvertegenwoordigers te informeren en te raadplegen bij het voornemen om over te gaan tot een collectief ontslag. Dergelijke verplichtingen zijn neergelegd in cao nr. 24 betreffende de procedure van inlichtingen en raadpleging van de werknemersvertegenwoordiging met betrekking tot collectief ontslag[348] en de Wet houdende bepalingen tot bevordering van tewerkstelling (de zogenoemde 'Renaultwet').[349] De raadpleging moet op grond van cao nr. 24 betrekking hebben op de mogelijkheden om het collectief ontslag te voorkomen of te verminderen alsmede op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten, door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, in het bijzonder om bij te dragen tot de herplaatsing of de omscholing van de ontslagen werknemers. Op grond van de Renaultwet is de werkgever onder meer gehouden door de werknemers(vertegenwoordigers) naar voren gebrachte argumenten en tegenvoorstellen te onderzoeken en te beantwoorden. Verder dient de werkgever op grond van het KB van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag[350] kennis te geven van zijn voornemen over te gaan tot collectief ontslag aan de Directeur van de Subregionale Tewerkstellingsdienst van de plaats waar de onderneming gevestigd is. Ingevolge art. 9 van dit KB mag de werkgever de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemers niet eerder opzeggen dan na het verstrijken van een termijn van dertig dagen ingaande de datum van de kennisgeving van het voornemen aan genoemde directeur.[351]

Cao nr. 24 kent geen uitzondering voor insolventieprocedures;[352] de Renaultwet wel (art. 65). De in laatst genoemde wet opgenomen informatie- en consultatieverplichtingen zijn niet van toepassing op het collectief ontslag dat plaatsvindt in het kader van een faillissementsprocedure. Ook op de wachttijd van dertig dagen ingevolge het KB van 24 mei 1976 is een uitzondering gemaakt. Deze geldt niet in geval van sluiting van de onderneming die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, zoals een faillissement. Aangenomen wordt dat de genoemde verplichtingen wel toepasselijk zijn bij een collectief ontslag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie op grond van de WCO.[353]

---

[347] Dit is de definitie van collectief ontslag in de cao nr.24. In cao nr. 10 wordt een andere definitie gehanteerd. Deze is hier niet relevant.

[348] Collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in het kader van de Nationale Arbeidsraad, nr. 24 van 2 oktober 1975, verbindend verklaard bij KB 21 januari 1976, *BS* 17 februari 1976.

[349] Wet 13 februari 1998, *BS* 19 februari 1998

[350] *BS* 17 september 1976.

[351] De dertig-dagentermijn kan door genoemde directeur op grond van art. 10 van het KB worden verkort dan wel verlengd.

[352] Maar wordt in de praktijk niet door de curator nageleefd. Zie onder meer H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement*, JTT* 2009, p. 198. Hij verdedigt, met een beroep op het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 24 juni 2004, AR S.03.0110.N, dat CAO nr. 24 toepassing mist, nu de met de informatie- en raadplegingsplicht beoogde werkzekerheid bij faillissement niet kan worden bereikt en toepasselijkheid zich niet zou verdragen met de vereffeningstaak van de curator.

[353] Zie evenwel H. van Hoogenbemt, De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, *JTT* 2009, p. 182, die met een beroep op de in de WCO opgenomen informatie- en consultatieverplichtingen, niet-toepasselijkheid van de regelgeving inzake collectief ontslag verdedigt.

VII.1.4 Samenvattende beschouwing België

Wij stonden in dit hoofdstuk uitgebreid stil bij twee Belgische insolventieprocedures: de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement. De eerste procedure strekt tot het behouden van het geheel of van een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten. Zij kent verschillende varianten. Wij hebben ons geconcentreerd op één daarvan: de overdracht onder gerechtelijk gezag. De Belgische faillissementsprocedure is net als de Nederlandse gericht op liquidatie van de boedel en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers.

Loon is in België slechts een boedelschuld voor zover het betrekking heeft op de periode na faillietverklaring en de curator de arbeidsovereenkomst voortzet of een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat. Besluit hij tot beëindiging van de arbeidsovereenkomsten dan is – ook voor zover de loonaanspraken betrekking hebben op de periode na faillietverklaring – slechts sprake van een preferente faillissementsvordering.

Het openen van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie heeft op zichzelf geen invloed op de rechtspositie van de werknemer. Ook het faillissement doet als zodanig niet af aan de wederzijdse rechten en verplichtingen. Voor de curator geldt derhalve dat hij bij de beëindiging de normale ontslagregels moet toepassen. Veelal zal hij echter niet de (volledige) opzegtermijn in acht nemen. In dat geval is een verbrekingsvergoeding verschuldigd, die op dezelfde manier wordt berekend als bij een ontslag buiten faillissement.

In België kan de werknemer voor onbetaald gebleven werkgeversverplichtingen een beroep doen op het Sluitingsfonds. Het gaat daarbij niet alleen om loon en vakantieaanspraken, maar bijvoorbeeld ook om de door de curator verschuldigde 'sluitingsvergoeding'. De aanspraken van de werknemer op het fonds zijn gemaximeerd. Per werknemer kan maximaal € 25.000 worden uitgekeerd. Het fonds kan de uitgekeerde bedragen verhalen op de boedel.

Bij de overdracht onder gerechtelijk gezag is het uitgangspunt dat de rechten en verplichtingen uit lopende arbeidsovereenkomsten van rechtswege overgaan op de verkrijger. Op dit uitgangspunt wordt op diverse wijzen inbreuk gemaakt. In de eerste plaats is de verkrijger niet verplicht al het personeel in dienst te nemen. Hij mag een keuze maken, zij het dat deze keuze wel dient te rusten op ETO-redenen. Voorts gaan de rechten en verplichtingen, alsmede de schulden uit hoofde van de arbeidsovereenkomst slechts over als de verkrijger daarvan op de hoogte is gesteld. Bovendien kunnen de arbeidsvoorwaarden bij een overdracht onder gerechtelijk gezag worden gewijzigd. Voor een wijziging van de collectieve arbeidsvoorwaarden is instemming van de vertegenwoordigers van het personeel nodig. Een wijziging van de individuele arbeidsvoorwaarden is slechts toegestaan met instemming van de werknemer en uitsluitend wanneer de wijzigingen hoofdzakelijk gebaseerd zijn op ETO-redenen.

Bij een activaoverdracht na *faillissement* is de verkrijger volledig vrij het zittende personeel een arbeidsovereenkomst aan te bieden of niet. Doet hij dat, dan kunnen individueel ook andere arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen. De collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden blijven wel van toepassing, tenzij de werknemersvertegenwoordigers instemmen met een wijziging.

In België controleert de rechtbank bij een verzoek tot het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie of de werkgever heeft voldaan aan zijn verplichting de werknemersvertegenwoordigers in te lichten en te raadplegen. Na opening van de procedure moet zij de ondernemingsraad vóórafgaand aan diverse beslissingen horen, bijvoorbeeld voordat homologatie wordt verleend van de overeenkomst tot overdracht van de onderneming. De informatie- en raadplegingsverplichtingen die op werkgevers rusten bij een voorgenomen collectief ontslag, gelden onverkort in het kader van een gerechtelijke reorganisatie.

De eigen aangifte tot faillissement moet door de werkgever worden meegedeeld aan de werknemersvertegenwoordiging. De curator kan na faillissement slechts tot voortzetting van de exploitatie van de onderneming beslissen na overleg met de representatieve vakbonden. De rechtbank moet de werknemersvertegenwoordigers horen wanneer zij tot voortzetting beslist. Bij een collectief ontslag dient de curator de werknemersvertegenwoordigers te informeren en te raadplegen. De verzwaarde raadplegingsverplichting, opgenomen in de zogenoemde Renaultwet, is echter niet van toepassing. Op de wachttijd van dertig dagen die de werkgever na de melding aan de bevoegde overheidsinstantie in acht moet nemen alvorens op te zeggen, is een uitzondering gemaakt in geval van een sluiting van de onderneming die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, zoals een faillissement.

VII.2 Duitsland

VII.2.1 Insolventieprocedures

Het Duitse recht kent sinds 1999 een unitaire insolventieprocedure, *das Insolvenzverfahren*, geregeld in de *Insolvenzordnung* (hierna: InsO).[354] Het doel van de insolventieprocedure is 'de schuldeisers te voldoen door het vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst te verdelen of door in een *Insolvenzplan* een afwijkende regeling te treffen, in het bijzonder tot behoud van de onderneming' (§ 1 InsO). De insolventieprocedure kan daarmee zowel op liquidatie als op reorganisatie van de onderneming gericht zijn.[355]

De insolventieprocedure kan door de rechter worden geopend op verzoek van de schuldenaar of de schuldeisers (§ 13 InsO). Na het indienen van het verzoek begint het *Eröffnungsverfahren*, waarin de rechter toetst of zich een grond voor opening van de insolventieprocedure voordoet.[356] Openingsgronden zijn betalingsonmacht (§ 17 InsO), dreigende betalingsonmacht (§ 18 InsO) of een te grote schuldenlast (§ 19 InsO).[357] Met het rechterlijke besluit tot opening van de insolventieprocedure begint *das Inzolvenzverfahren*.[358] Bij dat besluit wordt een curator (*Insolvenzverwalter*) aangewezen (§ 27 InsO) en de schuldeisers worden opgeroepen om hun vorderingen in te dienen (§ 174 InsO). Ook wordt een termijn gesteld waarbinnen over het voortbestaan van de onderneming en het verdere vervolg van de procedure moet worden beslist (*Berichtstermin*).[359] Een besluit hierover wordt door de schuldeisers genomen die verenigd zijn in de *Gläubigerversammlung*.[360] Dat besluit kan gericht zijn op liquidatie van de onderneming, reorganisatie, dan wel verkoop van de onderneming of een deel daarvan (*übertragende Sanierung*).[361] Vervolgens dient de curator het tot de boedel behorende vermogen te gelde te maken (§ 159 InsO) en de opbrengt te verdelen onder de schuldeisers.[362]

[354] Gesetz vom 5. Oktober 1994, BGBI. I 2866. Daarvoor kende Duitsland het *Konkursverfahren* (gericht op liquidatie), het *Vergleichsverfahren* (gericht op reorganisatie) en het *Gesamtvollstreckungsverfahren* (vervanging voor het Konkurs- of Vergleichsverfahren in de nieuwe deelstaten in afwachting van de nieuwe Insolvenzordnung). Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, I. Einfuhrung Rn. 2; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 44.

[355] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 2.

[356] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 21; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 26.

[357] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 45; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, I. Einfuhrung Rn. 18.

[358] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 19.

[359] § 29 Abs. 1 InsO. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 51; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 32.

[360] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 30; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 77.

[361] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 33-34. Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, I. Einfuhrung Rn. 41.

[362] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 81, 89; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, I. Einfuhrung Rn. 46; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 36.

VII.2.2 De rechtspositie van de individuele werknemer

VII.2.2.1 Loonvorderingen

Met de opening van de insolventieprocedure gaat het recht van de schuldenaar om zijn vermogen te beheren en te beschikken over op de curator (§ 80 InsO).[363] De curator neemt daarmee de positie in van werkgever (*Arbeitgeberstellung*) en neemt de daaruit voorvloeiende rechten en plichten waar.[364] Wordt de arbeidsovereenkomst na opening van de insolventieprocedure voortgezet, dan zijn de daaruit voortvloeiende loonaanspraken boedelschuld (*Masseverbindlichkeiten*) (§ 55 onder 2 InsO).[365] Zij worden met voorrang uit de insolventieboedel betaald (§ 53 InsO). Achterstallige loonvorderingen (ontstaan voor de opening van de insolventieprocedure) zijn slechts faillissementsvorderingen (*Insolvenzverbindlichkeiten*). Deze worden pas voldaan nadat de *Masseverbindlichkeiten* uit de boedel zijn betaald. Vaak kan slechts 10% van deze vorderingen worden voldaan, omdat de boedel niet toereikend is.[366] Om werknemers te beschermen tegen het risico dat achterstallige loonaanspraken niet voldaan kunnen worden, hebben zij recht op *Insolvenzgeld* door de *Bundesagentur für Arbeit* (zie verder § VII.2.3).

VII.2.2.2 Ontslag

Insolventie brengt niet automatisch het einde van de arbeidsovereenkomst met zich (§ 108 InsO).[367] Bij insolventie van de werkgever kan de curator de arbeidsovereenkomst met de werknemers opzeggen (§ 113 InsO). De wettelijke ontslagbescherming uit het *Kündigungsschutzgesetz* (hierna: KScHG) geldt in beginsel ook bij insolventie, aangevuld met enige bijzondere regelingen uit de InsO.[368]

Allereerst bevat § 113 InsO een bijzondere regeling voor de opzegtermijn bij insolventie van de werkgever. Volgens deze regeling kan de curator alle arbeidsovereenkomsten (ook arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) opzeggen tegen het einde van de maand met een termijn van maximaal drie maanden. Is de wettelijk geldende opzegtermijn geregeld in § 622 *Bürgerliches Gesetzbuch* (minimaal vier weken tot maximaal zeven maanden) of de overeengekomen opzegtermijn in de cao of individuele arbeidsovereenkomst korter, dan geldt die kortere termijn.[369] Maakt de curator gebruik van de kortere opzegtermijn van drie maanden, dan geldt echter wel dat de werknemer wegens de voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst een schadevergoeding kan indienen. Het gaat hierbij om een *Insolvenzforderung*.[370]

---

[363] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 52.

[364] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, II. Arbeitgeberstellung in der Insolvenz Rn. 11; D. Wittkowski, C. Kruth, Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts, in: J. Nerlich, V. Römerman, *Insolvenzordnung*, München: Beck 2014, § 80, Rn. 104.

[365] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, XI. Arbeitnehmeransprüche Rn. 12-13.

[366] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 91.

[367] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 1.

[368] F. Kießner, Kündigung eines Dienstverhältnisses, in: J. Nerlich, V. Römerman, *Insolvenzordnung*, München: Beck 2014, § 113, Rn. 53; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 256; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 2-3.

[369] F. Kießner, 'Kündigung eines Dienstverhältnisses, in: J. Nerlich, V. Römerman, *Insolvenzordnung*, München: Beck 2014, § 113, Rn. 87 en 94; T. Lakies, 'Kündigung in der Insolvenz', *ArbRAktuell* 2012, p. 367; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 263.

[370] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 268.

Als voorwaarde voor een rechtsgeldige werkgeversopzegging geldt, dat de ondernemingsraad (OR) vooraf geraadpleegd is (§ 102 *Betriebsverfassungsgesetz* (hierna: BetrVG).[371] Dit geldt ook bij insolventie van de werkgever. Verzuimt de curator dit te doen, dan is de opzegging nietig.[372]

Bij insolventie van de werkgever is de bedrijfseconomische opzegging de meest voor de hand liggende ontslaggrond. De opening van een insolventieprocedure rechtvaardigt nog geen bedrijfseconomische opzegging.[373] Vereist voor een bedrijfseconomische opzegging is dat een of meer arbeidsplaatsen komen te vervallen.[374]

Bijzonderheid in insolventie is dat na de opening van de insolventieprocedure het aan de *Gläubigerversammlung* is om te beslissen wat er met de onderneming gebeurt (§ 157 InsO). Er moet beslist worden of de onderneming geliquideerd, gesaneerd, of (gedeeltelijk) verkocht wordt. Op basis daarvan kan de curator de beslissing nemen die tot verval van arbeidsplaatsen leidt.[375] Daarnaast is voor een rechtsgeldige bedrijfseconomische opzegging vereist dat geen mogelijkheid bestaat tot voortzetting van de dienstbetrekking met de werknemers. Volgens § 1 Abs. 2 KSchG is de opzegging sociaal onrechtvaardig, indien de werknemer in een andere functie binnen het bedrijf of bij een andere vestiging van de onderneming herplaatst kan worden, of voortzetting van de dienstbetrekking mogelijk is na in redelijkheid van de werkgever te vergen omscholings- of bijscholingsmaatregelen waarmee de werknemer akkoord gaat, en de OR op één van deze gronden de opzegging heeft tegengesproken. Verder is een bedrijfseconomische opzegging waardoor een of meer arbeidsplaatsen met uitwisselbare functies binnen een bedrijf komen te vervallen sociaal ongerechtvaardigd indien bij de selectie van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers (*Sozialauswahl*) niet of niet genoeg rekening is gehouden met zogenoemde sociale gezichtspunten (§ 1 Abs. 3 KSchG). Deze sociale gezichtspunten betreffen de duur van de dienstbetrekking, de leeftijd, eventuele onderhoudsplichten en handicaps van de betreffende werknemer.[376]

In § 125-127 InsO (en ook § 1 Abs. 5 KSchG) is een bijzondere regeling opgenomen voor de bedrijfseconomische opzegging tijdens insolventie die het voorgaande ontslagregime verlicht (zie hierna). Deze regeling hoeft alleen gebruikt te worden wanneer niet tot liquidatie (sluiting) van de onderneming wordt besloten. Wordt tot sluiting besloten, dan doen zich geen problemen voor met betrekking tot de bedrijfseconomische noodzaak van de opzegging. Vanwege de sluiting worden alle werknemers ontslagen. Deze omstandigheid

[371] De verplichting tot voorafgaande raadpleging van de Betriebsrat over een voorgenomen opzegging bestaat alleen in bedrijven die beschikken over een Betriebsrat. Ingevolge § 1 Abs. 1 BetrVG kunnen door werknemers in bedrijven met ten minste vijf kiesgerechtigde vaste werknemers, waarvan er ten minste drie verkiesbaar zijn, Betriebsräte worden gekozen (*Betriebsratfähiger Betrieb*).

[372] § 102 BetrVG.

[373] F. Kießner, 'Kündigung eines Dienstverhältnisses', in: J. Nerlich, V. Römerman, *Insolvenzordnung*, München: Beck 2014, § 113, Rn. 118; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 275.

[374] U. Preis, *Arbeitsrecht. Indivdualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Köln: Verlag Otto Schmidt KG 2012, p. 804-805; P. Depré, H. Heck, in: S. Beck, P. Depré, *Praxis der Insolvenz*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, § 27, Rn. 97.

[375] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 33; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 296.

[376] C. Ulrich, R. Vossen, 'Beendigung des Arbeitsverhältnisses', in: W. Moll (red.), *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, München: Beck 2012, § 43 Rn. 168; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 306.

levert zonder meer een grond op voor een bedrijfseconomische opzegging, waarbij geen *Sozialauswahl* hoeft plaats te vinden.[377]

Voorwaarde voor de toepassing van § 125 InsO is dat een reorganisatie gepland is in de zin van § 111 BetrVG (zie hierna § VII.2.4.2). Bovendien moet voldaan zijn aan het toepassingsbereik van § 111 BetrVG: het bedrijf moet meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers tellen.[378] Verder is vereist dat de curator en de OR een overeenkomst sluiten over de geplande reorganisatie (*Interessenausgleich*) (zie hierna § VII.2.4.2) en daaraan een lijst verbinden waarin de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen met naam en toenaam worden genoemd (namenlijst).[379] Is aan de voorgaande voorwaarden voldaan, dan wordt ingevolge § 125 InsO de opzegging van de in de namenlijst genoemde werknemers vermoed te zijn ingegeven door dringende bedrijfseconomische omstandigheden, die herplaatsing van de werknemers in de weg staat. Ook wordt de gerechtelijke toetsing van de *Sozialauswahl* ingeperkt. Beroep daartegen is slechts mogelijk wanneer de curator de sociale gezichtspunten ernstig heeft veronachtzaamd (*grobe Fehlerhaftigkeit*).[380] Daarvan is geen sprake indien een afgewogen personeelsstructuur – bijvoorbeeld qua leeftijdsopbouw – in de onderneming behouden of geschapen wordt.[381]

Beschikt het bedrijf niet over een OR of lukt het niet om binnen drie weken overeenstemming te bereiken met de OR over de *Interessenausgleich* als bedoeld in § 125 InsO, dan kan de curator ingevolge § 126 InsO de arbeidsrechter verzoeken vast te stellen dat de opzegging van met naam en toenaam in het verzoek genoemde werknemers, door dringende bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk en sociaal gerechtvaardigd is.[382] Doel van de procedure in § 126 InsO (*Beschlussverfahren*) is het verschaffen van snelle duidelijkheid over de geoorloofdheid van het ontslag van de werknemers.[383] Het arbeidsgerecht beoordeelt in de procedure van § 126 InsO of de opzegging van de in het verzoek genoemde werknemers is ingegeven door dringende bedrijfseconomische

[377] Vgl. BAG, Urteil v. 20.1.1994 – 2 AZR 489/93 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Konzern. Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, IV. Interessenausgleich mit Namensliste Rn. 5; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 36; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 236.

[378] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 329; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, IV. Interessenausgleich mit Namensliste Rn. 11; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 238.

[379] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 330; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, IV. Interessenausgleich mit Namensliste Rn. 15.

[380] T. Lakies, Kündigung in der Insolvenz, *ArbRAktuell* 2012, p. 367. Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, IV. Interessenausgleich mit Namensliste Rn. 17, 21; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 333, 336-337; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 244.

[381] P. Depré, H. Heck, in: S. Beck, P. Depré, *Praxis der Insolvenz*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, § 27, Rn. 105-106. Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, IV. Interessenausgleich mit Namensliste Rn. 21; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 340; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 247.

[382] Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 347; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VII. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz Rn. 5-6; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 252.

[383] Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VII. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz Rn. 2; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 348.

omstandigheden. Een vermoeden als in § 125 InsO geldt hier niet.[384] Verschil met § 125 InsO is voorts dat de rechterlijke toetsing niet tot *grobe Fehlerhaftigkeit* beperkt is.[385]

Voor het *Beschlussverfahren* ingevolge § 126 InsO gelden een aantal procesrechtelijke bijzonderheden. Zo vindt er in afwijking van de normale arbeidsrechtelijke procedure geen *Güteverhandlung* plaats (bemiddelende hoorzitting).[386] Ook is de procedure tot twee instanties beperkt. Er vindt geen beroep plaats bij het *Landesarbeitsgericht*. Het enige rechtsmiddel tegen het besluit van het *Arbeitsgericht* is beroep bij het *Bundesarbeitsgericht*, dat bovendien alleen kan plaatsvinden indien dat in het besluit van het *Arbeitsgericht* is toegelaten (§ 122 Abs 3 InsO).[387]

Zegt de curator de arbeidsovereenkomst op van een werknemer die genoemd is in het verzoek op grond van § 126 InsO en start de werknemer daarna een ontslagprocedure waarin de rechter gevraagd wordt voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst niet door de opzegging is beëindigd (*Kündigungsschutzklage*), dan is geen discussie meer mogelijk over de sociale rechtvaardigheid van de opzegging. Op dat punt is de beslissing in de procedure van § 126 InsO bindend (§ 127 InsO).[388] Andere gronden voor (ver)nietig(baar)heid van de opzegging worden echter in de procedure van § 126 InsO niet getoetst. Gedacht kan worden aan het niet of niet juist raadplegen van de OR voorafgaand aan de opzegging, of het ontbreken van toestemming van het Integratiebureau voor het opzeggen van een werknemer met een arbeidshandicap (zie hierna). Dergelijke (ver)nietig(baar)heden van de opzegging kunnen nog getoetst worden door middel van het instellen van een *Kündigungsschutzklage*.[389] Hierdoor wordt het doel van de procedure van § 126 InsO (versnelling en concentratie van procedures) ondermijnd, hetgeen waarschijnlijk bijdraagt aan het geringe gebruik van § 126 InsO in de praktijk.[390] Een andere reden voor het geringe gebruik van § 126 InsO kan gelegen zijn in het feit dat het proces in geval van collectief ontslag nauwelijks beheersbaar is. Vaak nemen in dat geval tientallen werknemers deel aan het proces.[391]

Het Duitse ontslagrecht kent naast de algemene ontslagbescherming van het KSchG ook voor bepaalde groepen van personen bijzondere ontslagbescherming. Zo is bijvoorbeeld de opzegging van een vrouw tijdens de zwangerschap en tot vier maanden na de bevalling verboden.[392] Het voorgaande geldt ook voor de opzegging van een werknemer vanaf acht weken vóór de aanvang van en tijdens het recht op ouderschapsverlof (*Elternzeit*).[393] Daarnaast vormt lidmaatschap van de OR of het hebben van andere bepaalde vertegen-

[384] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 351.
[385] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 352; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 252.
[386] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 358.
[387] Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VII. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz Rn. 2; T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 365.
[388] Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 371; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VII. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz Rn. 12.
[389] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VII. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz Rn. 10.
[390] Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VII. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz Rn. 10.
[391] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 348.
[392] § 9 Abs. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG)
[393] § 18 Abs. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG).

woordigende functies een bijzonder ontslagverbod.[394] Ook de opzegging wegens overgang van onderneming is verboden (zie hierna).[395] Voor bepaalde bijzondere groepen van werknemers geldt verder weliswaar geen absoluut ontslagverbod, maar wel een bijzondere beperking. Zo is voor de opzegging van een zwaar gehandicapte werknemer voorafgaande toestemming nodig van het 'Bureau voor het veiligstellen van de integratie van gehandicapten in het beroepsleven' (*Integratiebureau*).[396]

De bijzondere ontslagbescherming geldt in beginsel ook tijdens de insolventie-procedure.[397] Wel is in bepaalde uitzonderingen voorzien, die soms van toepassing kunnen zijn bij insolventie van de werkgever. Zo kan ingevolge § 9 Abs. 3 MuSchG en § 18 BEEG de hoogste autoriteit die belast is met het toezicht op de arbeidsomstandigheden in *bijzondere gevallen* toestemming verlenen voor het ontslag van een vrouw tijdens de zwangerschap en tot vier maanden na de bevalling of voor de werknemer acht weken vóór de aanvang van en tijdens het recht op ouderschapsverlof. Sluiting van de onderneming vormt zo'n bijzondere omstandigheid.[398] Voor werknemers die lid zijn van de OR geldt dat het bijzondere ontslagverbod komt te vervallen op het moment dat het bedrijf sluit (§ 15 Abs. 4 KSchG).[399]

VII.2.2.2 Overgang van onderneming

Wordt in de insolventieprocedure tot overdracht van een (onderdeel van de) onderneming besloten, dan is de regeling van § 613a *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna: BGB) van belang. Dit artikel bepaalt dat bij overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen uit de ten tijde van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten overgaan op de verkrijger. Daarnaast bepaalt § 613a Abs. 4 BGB dat een ontslag wegens de overgang verboden is. Zegt de curator vlak vóór de overgang van de onderneming de arbeidsovereenkomsten met de werknemers op, dan is het opzegverbod van § 613a Abs. 4 BGB niet van toepassing indien niet de overgang, maar een andere ontslaggrond, die de opzegging ook onafhankelijk van de overgang kan rechtvaardigen, de dragende grond is voor de opzegging.[400]

De regeling van § 613a BGB betreft de Duitse uitwerking van art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG. Het Duitse *Bundesarbeitsgericht* (BAG) heeft beslist dat de regeling ook van toepassing is wanneer een onderneming in het kader van een insolventieprocedure wordt overgedragen.[401] In de InsO is dit uitdrukkelijk bevestigd door de Duitse wetgever (§ 128 InsO, zie hierna).[402] Duitsland gaat daarmee verder dan de bescherming die de Richtlijn verlangt. Op grond van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG zijn art. 3 (behoud van rechten en verplichtingen) en art. 4 (bescherming tegen ontslag) van de Richtlijn niet van toepassing

[394] § 15 Abs. 1 en 2 KSchG.
[395] § 613a Abs. 4 BGB.
[396] § 85 en 101 Abs. 1 Sozialgesetzbuch IX (SGB IX).
[397] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 117.
[398] P. Depré, H. Heck, in: S. Beck, P. Depré, *Praxis der Insolvenz*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, § 27, Rn. 129; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 118.
[399] P. Depré, H. Heck, in: S. Beck, P. Depré, *Praxis der Insolvenz*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, § 27, Rn. 153; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 118.
[400] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VI. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz Rn. 54-56.
[401] BAG 17 januari 1980, *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, p. 1124; BAG 4 december 1986, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1987, p. 460. Vgl BAG 25 oktober 2007, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report* 2008, p. 367. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 386.
[402] R. Steffan, 'BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang', in: R. Ascheid, U. Preis, I. Schmidt, *Kündigungsrecht*, München: Beck 2012, Rn. 235.

wanneer de werkgever verwikkeld is in een faillissementsprocedure die gericht is op liquidatie van de onderneming, tenzij de lidstaten anders bepalen.

Om de overgang van een onderneming in het kader van een insolventieprocedure te vergemakkelijken, hebben echter zowel de Duitse wetgever als de rechtspraak maatregelen genomen die de gevolgen van § 613a BGB tijdens insolventie reduceren.[403]

Allereerst is in de rechtspraak een beperking aangenomen van de aansprakelijkheid van de verkrijger voor reeds ontstane onvervulde aanspraken van werknemers. Het BAG heeft beslist dat de verkrijger bij een overgang van onderneming waarbij de vervreemder zich in een insolventieprocedure bevindt, niet aansprakelijk is voor de vorderingen die ontstaan zijn voor de opening van de insolventieprocedure.[404] Daarmee is gebruik gemaakt van de mogelijkheid die art. 5 lid 2 sub a Richtlijn 2001/23/EG geeft.[405] Beslissend tijdstip voor de aansprakelijkheidsverlichting is de opening van de insolventieprocedure. Voor alle vorderingen daarvoor ontstaan (*Insolvenzforderungen*) is de verkrijger niet aansprakelijk.[406] Vindt de overgang van onderneming plaats vóór de opening van de insolventieprocedure, dan is de verkrijger volledig aansprakelijk voor de onvervulde aanspraken van werknemers.[407] Overigens is de vervreemder ingevolge § 613a Abs. 2 BGB nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan voor dat tijdstip.[408]

Verder bepaalt § 128 InsO dat §§ 125 tot 127 InsO er niet aan in de weg staan dat de geplande reorganisatie als bedoeld in § 111 BetrVG eerst na een overgang van onderneming uitgevoerd zal worden. In dat geval is de verkrijger betrokken bij de procedure op grond van § 126 InsO. Deze regeling bewerkstelligt dat ook de verkrijger van de onderneming kan profiteren van het verlicht ontslagregime als geregeld in §§ 125 tot 127 InsO en niet moet wachten totdat de curator de reorganisatie doorgevoerd heeft.[409] Daarnaast bepaalt het tweede lid van § 128 InsO dat het vermoeden als bedoeld in § 125 InsO of de gerechtelijke vaststelling als bedoeld in § 126 InsO ook ziet op het feit dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet wegens de overgang van onderneming geschiedt. Wordt geen gebruik gemaakt van de regeling in § 125-127 InsO en zegt de curator op 'normale' wijze op, dan is § 128 InsO niet van toepassing.[410]

Ondanks voornoemde maatregelen die overgang van onderneming in het kader van een insolventieprocedure vergemakkelijken, komt het regelmatig voor dat de gevolgen van §

[403] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VIII. Betriebsübergang Rn. 3.

[404] BAG 17 januari 1980, *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, p. 1124; BAG 26 maart 1996, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1997, p. 94; BAG 20 juni 2002, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2003, p. 318; BAG 20 september 2006, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2007, p. 335. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 470; R. Steffan, 'BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang', in: R. Ascheid, U. Preis, I. Schmidt, *Kündigungsrecht*, München: Beck 2012, Rn. 235.

[405] R. Steffan, 'BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang', in: R. Ascheid, U. Preis, I. Schmidt, *Kündigungsrecht*, München: Beck 2012, Rn. 236.

[406] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 471.

[407] R. Steffan, 'BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang', in: R. Ascheid, U. Preis, I. Schmidt, *Kündigungsrecht*, München: Beck 2012, Rn. 240.

[408] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VIII. Betriebsübergang Rn. 21.

[409] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 386.

[410] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 386.

613a BGB een potentiële koper vaak afschrikken om een insolvente onderneming over te nemen.[411] De Duitse praktijk zoekt naar manieren om § 613a BGB te omzeilen. Dit is bijvoorbeeld gebeurd door het sluiten van een beëindigingsovereenkomst met de werknemer in samenhang met het afsluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst met de verkrijger (tegen verslechterde arbeidsvoorwaarden) (*Lemgoer-Modell*).[412] Het BAG heeft dit echter verboden. Een beëindigingsovereenkomst waarbij tegelijkertijd een nieuwe arbeidsovereenkomst met de verkrijger wordt overeengekomen of in het vooruitzicht wordt gesteld (‘*verbindliches Inaussichtstellen*’), is nietig vanwege een ongeoorloofde ontduiking van § 613a BGB.[413] De regeling inzake overgang van onderneming verzet zich weliswaar niet tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, maar wel tegen een wijziging van de arbeidsvoorwaarden zonder feitelijke grondslag.[414]

Vervolgens is het *BQG-Modell* ontwikkeld om de werking van § 613a BGB uit te sluiten.[415] Daarbij worden werknemers in een *Transfergesellschaft* (*Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft BQG*) (mobiliteitscentrum) geplaatst om na enige tijd in dienst te treden bij de verkrijgende ondernemer. Allereerst wordt een tripartiete overeenkomst gesloten tussen de werknemer, de insolvente werkgever (curator) en het *Transfergesellschaft.* Daarin wordt bepaald dat de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de insolvente werkgever (vervreemder) eindigt en een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan met het *Transfergesellschaft*. Laatstgenoemde neemt de taak op zich om de werknemer te kwalificeren voor een aanstelling bij een nieuwe werkgever, werkloosheid te vermijden en de werknemer bij het zoeken naar een nieuwe arbeidsplaats te ondersteunen.[416] De werknemer verklaart zich tegenover het *Transfergesellschaft* bereid om *Kurzarbeit* te verrichten en actief deel te nemen aan training en bemiddelingsmaatregelen.[417] Er is geen sprake van overgang van onderneming, aangezien de activiteit van de insolvente onderneming niet wordt voortgezet door het *Transfergesellschaft*.[418] Vervolgens koopt de verkrijger de insolvente onderneming (zonder personeel) en kan hij kiezen met welke werknemers die in het *Transfergesellschaft* verblijven hij een nieuwe arbeidsovereenkomst (met slechtere arbeidsvoorwaarden) wil aangaan.[419] Ook dan is geen sprake van overgang van onderneming. Het BAG stond deze constructie in 1998 toe.[420] Volgens het BAG is er geen sprake van ontduiking van § 613a BGB. De tripartiete overeenkomst tussen

[411] Vgl. M. Fuhlrott, M. von Grönheim, ‘Insolvenzarbeitsrecht: Aktuelle Rechtsprechung des BAG’, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, p. 129; H.J. Willemsen, ‘Aufhebungsverträge bei Betreibsübergang – ein ‘Erfurter Roulette’?, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 242; P. Mückl, ‘Der Betriebsübergang nach § 613a BGB in der Insolvenz – jetzt erst recht ein Sanierungshindernis?’, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012, 2373.

[412] M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 126.

[413] BAG 28 april 1987, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1988, 198; BAG 10 december 1998, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1999, 422. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 423; J. Wellensiek, ‘Probleme bei der Betriebsveräußerung aus der Insolvenz’, *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht* 2005, p. 605; H.J. Willemsen, ‘Aufhebungsverträge bei Betreibsübergang – ein ‘Erfurter Roulette’?, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 242.

[414] Vgl. M. Fuhlrott, ‘Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, p. 550.

[415] M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft), *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 126.

[416] J. Wellensiek, ‘Probleme bei der Betriebsveräußerung aus der Insolvenz’, *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht* 2005, p. 604.

[417] J. Wellensiek, ‘Probleme bei der Betriebsveräußerung aus der Insolvenz’, *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht* 2005, p. 604.

[418] M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 126.

[419] A. Raif, J. Ginal, ‘Vermeiding eines Betriebsübergangs: Gestaltungsmöglichkeiten nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung zur Transfergesellschaft’, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, p. 1.

[420] BAG 10 december 1998, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1999, 422. Vgl. M. Fuhlrott, ‘Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, p. 550.

de werknemer, de insolvente werkgever en het *Transfergesellschaft* is gericht op het definitief verbreken van de arbeidsovereenkomst met de werknemer. De continuïteit van het werk wordt onderbroken. Anders dan bij het *Lemgoer-Modell* wordt niet gelijktijdig met de beëindigingsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst met de verkrijger gesloten, of in het vooruitzicht gesteld. Volgens het BAG gaat het veeleer om een zogenoemd *Risikogeschäft*; voor de werknemers is de voortzetting van de arbeidsverhouding met de verkrijger niet zeker (objectief voorzienbaar).[421]

In latere rechtspraak heeft het BAG aangegeven dat het *BQG-Modell* onder omstandigheden toch een ongeoorloofde ontduiking van de regels in § 613a BGB kan opleveren. Dat is allereerst het geval indien het plaatsen van de werknemers in het *Transfergesellschaft* alleen een schijnconstructie is.[422] Een dergelijke schijnconstructie is volgens het BAG bijvoorbeeld aan te nemen indien de werknemers slechts zeer korte tijd in dienst treden bij het *Transfergesellschaft* (in casu een half uur).[423] Verder heeft het BAG er op gewezen dat ontduiking van § 613a BGB denkbaar is, wanneer het overplaatsen van het personeel in een *Transfergesellschaft* kennelijk alleen tot doel heeft de *Sozialauswahl* te omzeilen.[424] Dit is echter niet nader geconcretiseerd door het BAG.[425] In 2011 heeft het BAG voorts overwogen dat sprake is van een onrechtmatige ontduiking van de regels van overgang van onderneming indien de verkrijger tegelijkertijd bij het in dienst treden van de werknemers bij het *Transfergesellschaft* aankondigt dat hij een substantieel deel van de werknemers (in het aan het BAG voorgelegde geval 352 van de 452 werknemers) een arbeidsovereenkomst wil aanbieden.[426] In die situatie is er volgens het BAG sprake van het in het vooruitzicht stellen (‘*verbindliches Inaussichtstellen*’) van een nieuwe arbeidsovereenkomst met de verkrijger. Van een *Risikogeschäft* is dan geen sprake meer.[427]

[421] Vgl. M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 126; H.J. Willemsen, ‘Aufhebungsverträge bei Betreibsübergang – ein ‘Erfurter Roulette’?, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 243; M. Fuhlrott, ‘Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, p. 551.

[422] BAG 18 augustus 2005, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2006, 145; BAG 23 november 2006, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2007, 866. Vgl. M. Fuhlrott, ‘Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, p. 550; M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 127; A. Raif, J. Ginal, ‘Vermeiding eines Betriebsübergangs: Gestaltungsmöglichkeiten nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung zur Transfergesellschaft’, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, p. 2.

[423] BAG 25 oktober 2012, *BeckRS* 2013, 65639. Vgl. M. Fuhlrott, M. von Grönheim, ‘Insolvenzarbeitsrecht: Aktuelle Rechtsprechung des BAG’, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, p. 130. Een geplande tijd bij het Transfergesellschaft langer dan de opzegtermijn in insolventie (langer dan drie maanden) voldoet. Zie BAG 18 augustus 2005, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2006, 145. Vgl. A. Raif, J. Ginal, ‘Vermeiding eines Betriebsübergangs: Gestaltungsmöglichkeiten nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung zur Transfergesellschaft’, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, p. 3.

[424] BAG 18 augustus 2005, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2006, 145; BAG 23 november 2006, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2007, 866. Vgl. M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 127.

[425] Vgl. M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 127; A. Raif, J. Ginal, ‘Vermeiding eines Betriebsübergangs: Gestaltungsmöglichkeiten nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung zur Transfergesellschaft’, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, p. 3.

[426] BAG 18 augustus 2011, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, 146.

[427] Vgl. M. Fuhlrott, ‘Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, p. 550; M.J. Pils, ‘Umgehung von § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 128.

VII.2.3 Insolvenzgeld

Vergoedingsaanspraken uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiend uit de tijd vóór de opening van de insolventieprocedure zijn slechts *Insolvenzverbindlichkeiten*.[428] Om werknemers te beschermen tegen het risico dat hun aanspraken niet vervuld kunnen worden, omdat de failliete boedel daarvoor ontoereikend is, bepaalt § 165 *Sozialgesetzbuch III* (hierna: SGB III) dat werknemers bij insolventie aanspraak kunnen maken op *Insolvenzgeld* door de *Bundesagentur für Arbeit*.[429] Daarmee wordt uitvoering gegeven aan art. 3 van Richtlijn 2008/94/EG op grond waarvan lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat een waarborgfonds de onvervulde aanspraken van de werknemer honoreert die voortvloeien uit hun arbeidsrelatie met een insolvente werkgever.[430]

De aanspraak op *Insolvenzgeld* bestaat voor het niet betaalde loon over een termijn van drie maanden voorafgaand aan de insolventie van de werkgever (*Insolvenzgeld-zeitraum*).[431] Daarmee heeft Duitsland ervoor gekozen om de betalingsverplichting tot de minimaal in Richtlijn 2008/94/EG toegestane periode te beperken (art. 4 lid 2). Als loon worden ingevolge § 165 Abs 2 BSG III beschouwd, alle aanspraken die als tegenprestatie voor de geleverde arbeid gezien kunnen worden.[432] Uitdrukkelijk uitgesloten zijn echter de aanspraken die verband houden met de beëindiging van de arbeidsverhouding, zoals een ontslagvergoeding of uitbetaling van niet genoten vakantiedagen.[433] De hoogte van het *Insolvenzgeld* bedraagt het netto-loon van de werknemer, begrensd tot een maximum ter hoogte van de maandelijkse inkomensgrens voor de *Renteversicherung* (in 2015 bruto: € 6.050 voor West-Duitsland en € 5.200 voor Oost-Duitsland[434]).[435]

VII.2.4 Medezeggenschap

VII.2.4.1 Algemeen

De InsO bevat geen omvattende regeling voor de betrokkenheid van de OR of andere werknemersvertegenwoordigende organisaties in insolventieprocedures. Wel dient de curator alle medezeggenschapsrechten uit het BetrVG na te leven.[436] Zo moet hij maandelijks overleg voeren met de OR en moet hij de informatieplichten op grond van § 80,

---

[428] § 108 Abs. 3 InsO. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 125.
[429] T. Kania, 'Insolvenz des Arbeitsgebers', in: W. Küttner/J. Röller, *Personalbuch 2014, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht*, München: Beck 2014, Rn. 42.
[430] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 145.
[431] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 155; T. Kania, 'Insolvenz des Arbeitsgebers', in: W. Küttner/J. Röller, *Personalbuch 2014, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht*, München: Beck 2014, Rn. 52.
[432] T. Kania, 'Insolvenz des Arbeitsgebers', in: W. Küttner/J. Röller, *Personalbuch 2014, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht*, München: Beck 2014, Rn. 54.
[433] § 166 Abs. 1 BSG III. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 168; T. Kania, 'Insolvenz des Arbeitsgebers', in: W. Küttner/J. Röller, *Personalbuch 2014, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungs-recht*, München: Beck 2014, Rn. 55.
[434] http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Pressemitteilungen/rechengroessen-sozialversicherung-2015.html (geraadpleegd op 30-01-2015).
[435] § 167 Abs. 1 SGB III. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 170; T. Kania, 'Insolvenz des Arbeitsgebers', in: W. Küttner/J. Röller, *Personalbuch 2014, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht*, München: Beck 2014, Rn. 59.
[436] P. Bertram in, P. Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: Beck 2010, § 108 Rn. 16.

81 en 90 BetrVG in acht nemen.[437] Wil de curator werknemers ontslaan, dan moet hij op grond van art. 102 BetrVG de OR raadplegen.[438]

VII.2.4.2 Reorganisatie

Voor de betrokkenheid van de OR in het kader van een insolventieprocedure is met name § 111 BetrVG van belang. Een insolventieprocedure leidt vaak tot reorganisaties als bedoeld in voornoemd artikel. Reorganisaties in de zin van § 111 BetrVG zijn:

i. inperking of sluiting van het gehele bedrijf of wezenlijke onderdelen;
ii. verplaatsing van het gehele bedrijf of van wezenlijke onderdelen;
iii. fusie van het bedrijf;
iv. belangrijke wijziging in de bedrijfsorganisatie, of
v. de invoering van belangrijke nieuwe arbeidsmethoden.[439]

Verder is volgens vaste rechtspraak van het *Bundesarbeitsgericht* ook sprake van een reorganisatie als bedoeld in voornoemd artikel in geval van louter personeelsreductie, indien het een relevant aantal werknemers betreft.[440] In bedrijven met 21 tot 59 werknemers moet het gaan om het ontslag van meer dan vijf werknemers; in bedrijven met zestig tot 499 werknemers om 10 % of meer dan 25 werknemers; in bedrijven met vijfhonderd tot zeshonderd werknemers om minstens dertig werknemers; in bedrijven met meer dan zeshonderd werknemers om minstens 5% van de werknemers.[441]
Ingevolge § 111 BetrVG moet de ondernemer/curator in een onderneming met meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers met de OR overleg plegen over geplande reorganisaties die wezenlijke nadelen voor de werknemers mee kunnen brengen.[442] Gepoogd moet worden om tot overeenstemming te komen over of, wanneer en hoe de geplande reorganisatie doorgevoerd zal worden (§ 112 BetrVG).[443] Dit wordt de *Interessenausgleich* genoemd, welke gecombineerd kan worden met een namenlijst van werknemers die voor ontslag in aanmerking komen als bedoeld in § 125 InsO (zie § VI.2.2.2).[444] Voert de ondernemer/curator een reorganisatie door zonder gepoogd te hebben een *Interessenausgleich* overeen te komen, of wijkt de reorganisatie zonder dwingende grond af van de *Interessenausgleich*, dan heeft iedere werknemer die ontslagen wordt of nadeel ondervindt van de reorganisatie recht op een vergoeding (*Nachteilsausgleich*).[445]

---

[437] P. Bertram in, P. Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: Beck 2010, § 108 Rn. 16.
[438] P. Bertram in, P. Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: Beck 2010, § 108 Rn. 127.
[439] Zie T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 217-228.
[440] BAG 31 mei 2007, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2007, 1307; BAG 28 maart 2006, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2006, 932. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 213; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 192.
[441] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 213; P. Bertram in, P. Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: Beck 2010, § 108 Rn. 36; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, III. Interessenausgleich und Nachteilsausgleich Rn. 17.
[442] Daarmee wordt uitvoering gegeven aan de mogelijkheid die art. 7 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG biedt.
[443] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 230; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 205.
[444] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 207.
[445] § 113 Abs. 1 en 3 BetrVG. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 231; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 226. De vergoeding richt zich naar de maatstaven van § 10 KSchG.

Bovendien is de ondernemer/curator verplicht om een *Sozialplan* overeen te komen met de OR (§ 112 BetrVG).[446] In het sociaal plan wordt een compensatie of vermindering van de economische nadelen die de werknemers lijden als gevolg van de reorganisatie overeengekomen.[447] In het sociaal plan dat opgesteld is na de opening van de insolventieprocedure geldt dat ingevolge § 123 Abs. 1 InsO hoogstens een bedrag van tweeënhalf maandsalaris per ontslagen werknemer vastgelegd kan worden.[448] Bovendien mag het niet meer dan een derde van de boedel bedragen (§ 123 Abs. 2 InsO).[449] Een sociaal plan afgesloten binnen drie maanden vóór de opening van de insolventieprocedure kan ingevolge § 124 InsO zowel door de curator als door de OR herroepen worden.[450]

Lukt het niet om tot overeenstemming te komen over de *Interessenausgleich* of het sociaal plan, dan kan de ondernemer/curator of de OR ingevolge § 112 Abs. 2 BetrVG de bemiddeling verzoeken van de *Bundesagentur für Arbeit*.[451] In het kader van een insolventieprocedure bepaalt § 121 InsO dat de curator en de OR alleen gezamenlijk om bemiddeling kunnen verzoeken.[452] Wordt niet om bemiddeling verzocht, of blijft de bemiddeling zonder resultaat, dan moet de OR of de curator de hulp van de *Einigungsstelle* (arbitrage-commissie) inroepen (§ 112 Abs. 2 BetrVG).[453] Wordt ook met behulp van de *Einigungsstelle* geen overeenstemming bereikt, dan is de Interessenausgleich-procedure zonder resultaat beëindigd.[454] De curator kan de reorganisatie zonder sanctie doorvoeren. Met betrekking tot het sociaal plan beslist daarentegen de *Einigungsstelle* (§ 112 Abs. 4 BetrVG).[455]

De InsO bevat nog een speciale regeling indien tussen de curator en de OR niet binnen drie weken een *Interessenausgleich* tot stand komt. § 122 InsO bepaalt dat de curator in dat geval toestemming tot doorvoering van de reorganisatie kan vragen aan het *Arbeitsgericht*, zonder dat een procedure bij de *Einigungsstelle* gevoerd moet worden.[456] Doel hiervan is een snellere doorvoering van de reorganisatie mogelijk te maken.[457]

---

[446] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 207.
[447] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 241; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 211.
[448] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 245; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 261.
[449] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 247; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 262.
[450] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 252-254.
[451] § 112 Abs. 2 BetrVG.
[452] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 214.
[453] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 214.
[454] P. Bertram in, P. Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: Beck 2010, § 108 Rn. 44.
[455] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 241; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 214. Bestaat de geplande bedrijfsverandering alleen uit personeelreductie, dan is § 112 Abs. 4 BetrVG alleen van toepassing indien een relevant aantal werknemers wordt ontslagen. Zie § 112a BetrVG. Vgl. P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, III. Interessenausgleich und Nachteilsausgleich Rn. 18.
[456] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 236; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 215.
[457] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 217.

VII.2.4.3 Betriebsvereinbarungen

Wanneer een ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en OR (*Betriebsvereinbarung)* bepaalde verplichtingen in het leven roept die de boedel belasten, bijvoorbeeld de verplichting om een kantine of een kinderdagverblijf open te stellen,[458] dan kunnen de curator en OR ingevolge § 120 Abs. 1 InsO in overleg treden over vermindering van die verplichtingen.[459] Uitkomst van het overleg kan bijvoorbeeld zijn de consensuele beëindiging van de ondernemingsovereenkomst.[460] Verder bepaalt § 120 Abs. 1 InsO dat ondernemingsovereenkomsten in insolventie in elk geval met een termijn van hoogstens drie maanden opgezegd kunnen worden.[461]

VII.2.4.4 Informatieplicht bij overgang van onderneming

Op grond van § 613a Abs. 5 BGB moet de vervreemder of verkrijger de werknemers die bij de overgang zijn betrokken schriftelijk informeren over:

- de datum of de voorgenomen datum van de overgang;
- de reden voor de overgang;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.[462]

De informatieplicht geldt ten opzichte van iedere werknemer die door de overgang getroffen wordt.[463]

Met de informatieplicht hangt samen het zogenoemde *Widerspruchsrecht* van de werknemer op grond van § 613a Abs. 6 BGB. Binnen een maand na toegang tot de in § 613a Abs. 5 BGB bedoelde informatie kan de werknemer de overgang schriftelijk *widersprechen*. Het rechtsgevolg van de *Widerspruch* is dat de werking van § 613a Abs. 1 BGB niet intreedt. De werknemer gaat dan niet mee over naar de verkrijger.[464]

VII.2.4.5 Collectief ontslag

Voor bedrijven met minstens 21 werknemers bevat § 17 KSchG bijzondere regels voor collectieve ontslagen. Neemt de werkgever een collectief ontslag voor, dan moet hij enerzijds tegenover de OR een bepaalde consultatieprocedure (*Konsultationsverfahren*) doorlopen, anderzijds heeft hij een meldingsplicht aan de *Agentur für Arbeit*. Deze verplichtingen gelden ook voor de curator in geval de werkgever in insolventie verkeert.[465] De regeling van § 17 KSchG betreft een uitwerking van Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag. Duitsland heeft voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een collectief ontslag gekozen voor een referentieperiode van dertig dagen (art. 1 lid 1 sub a onder i

---

[458] P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, IX. Betriebsvereinbarungen in der Insolvenz Rn. 34.

[459] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 205; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 342.

[460] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 343.

[461] B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 343.

[462] Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 446; P. Schrader, G. Straube, *Insolvenzarbeitsrecht*, München: Beck 2008, VIII. Betriebsübergang Rn. 15.

[463] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 448.

[464] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 466.

[465] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 374.

Richtlijn 98/59/EG). Van een collectief ontslag is ingevolge § 17 Abs 1 KSchG sprake indien de werkgever binnen een periode van dertig kalenderdagen voornemens is:

- meer dan vijf werknemers te ontslaan in een bedrijf met in de regel meer dan twintig, maar minder dan zestig werknemers;
- ten minste 10% van de werknemers of meer als 25 werknemers te ontslaan in een bedrijf met in de regel minstens zestig, maar minder dan vijfhonderd werknemers;
- minstens dertig werknemers te ontslaan in een bedrijf met in de regel meer dan vijfhonderd werknemers.[466]

Neemt de werkgever zich een collectief ontslag voor, dan is hij ingevolge § 17 Abs. 2 KSchG verplicht om de OR tijdig van informatie te voorzien, in het bijzonder over:

- de redenen voor het geplande ontslag;
- het aantal en de categorieën van voor ontslag in aanmerking komende werknemers;
- het aantal en de categorieën werknemers die hij gewoonlijk in dienst heeft;
- de periode die voor het doen plaatsvinden van de ontslagen voorgenomen is;
- de criteria die gebruikt worden voor het selecteren van de voor in ontslag in aanmerking komende werknemers;
- de wijze van berekening die wordt toegepast voor elke eventuele ontslagvergoeding.[467]

Deze raadpleging heeft ten doel de OR in staat te stellen collectief ontslag te voorkomen of de omvang ervan te beperken en de gevolgen te verzachten.[468] Met § 17 Abs. 2 KSchG is uitvoering gegeven aan art. 2 Richtlijn 98/59/EG.

Ingevolge § 17 Abs. 1 KSchG dient de werkgever van elk voorgenomen collectief ontslag bovendien schriftelijk melding te doen aan de *Agentur für Arbeit*. Daarmee is uitwerking gegeven aan art. 3 Richtlijn 98/59/EG. Bij deze kennisgeving moet de stellingname van de OR gevoegd worden.[469] Is echter een belangenafweging met namenlijst ingevolge § 125 InsO met de OR overeengekomen, dan vervangt die de stellingname ingevolge § 17 Abs. 3 KSchG.[470]

Het collectief ontslag kan op grond van § 18 Abs. 1 KSchG pas ingaan na afloop van één maand na de kennisgeving aan de *Agentur für Arbeit*, tenzij de *Agentur* toestemming verleent voor het eerder ingaan. Ingevolge § 18 Abs. 2 KSchG kan de *Agentur* in bepaalde gevallen bepalen dat de ontslagen niet eerder ingaan dan na afloop van twee maanden na de melding. Na de in § 18 Abs. 1 of 2 bedoelde termijn volgt een termijn van negentig dagen waarbinnen de voorgenomen ontslagen doorgevoerd moeten worden. Gebeurt dat niet, dan moet er opnieuw melding worden gedaan conform § 17 Abs. 1 KSchG.[471]

---

[466] § 17 Abs. 1 KSchG. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 377; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 182.

[467] Vgl. art. 2 lid 3 Richtlijn 98/59/EG. Vgl. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 380.

[468] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 380; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 182.

[469] § 17 Abs. 3 KSchG. T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 383.

[470] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 383; B. Hamberger, *Der Betriebsrat im Insolvenzverfahren*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2010, p. 182 en 250.

[471] T. Lakies, *Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2014, Rn. 385.

VII.2.5 Samenvattende beschouwing Duitsland

In tegenstelling tot Nederland kent Duitsland een unitaire insolventieprocedure die zowel gericht kan zijn op liquidatie van de onderneming, alsook tot reorganisatie van de onderneming. De gevolgen van de insolventie voor de rechtspositie van de individuele werknemers voor wat betreft loonaanspraken zijn vergelijkbaar met Nederland. Loonvorderingen ontstaan na opening van de insolventieprocedure zijn boedelschuld. Loonvorderingen daarvóór ontstaan zijn insolventieschuld.

De rechtspositie van werknemers bij overgang van onderneming tijdens een insolventieprocedure is wezenlijk anders dan in Nederland. Duitsland maakt geen gebruik van de mogelijkheid die art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG biedt. De regels van overgang van onderneming zijn ook van toepassing in een insolventieprocedure. Wel maakt Duitsland gebruik van de mogelijkheden die art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG biedt om de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels over overgang van onderneming te verzachten. Zo is de verkrijger niet aansprakelijk voor vorderingen van de werknemer ontstaan voor de opening van de insolventieprocedure. Bovendien kan de curator of de verkrijger gebruik maken van een verlicht ontslagregime, geregeld in §§ 125-128 InsO, wanneer er naast de overgang van onderneming ook sprake is van een reorganisatie van de onderneming.

Er is geen betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers bij de opening van de insolventieprocedure. Wel heeft de OR een grote rol bij reorganisatie van het bedrijf en ontslag van de werknemers. Bij een geplande reorganisatie moet de ondernemer/curator pogen een *Interessenausgleich* met de OR overeen te komen, waarin wordt afgesproken of, wanneer en hoe de geplande reorganisatie wordt uitgevoerd. Bovendien moet een sociaal plan overeen gekomen worden. In dat sociaal plan wordt een compensatie of vermindering van de economische nadelen die de werknemers lijden als gevolg van de reorganisatie afgesproken. Aan de *Interessenausgleich* kunnen de OR en ondernemer/curator een namenlijst verbinden waarin opgenomen wordt welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen. De opzegging van de in de namenlijst genoemde werknemers wordt dan vermoed sociaal gerechtvaardigd te zijn. De gerechtelijke toetsing van de *Sozialauswahl* wordt aldus ingeperkt. Beroep daartegen is slechts mogelijk wanneer de curator de sociale gezichtspunten ernstig heeft veronachtzaamd (*grobe Fehlerhaftigkeit*). Beschikt het bedrijf niet over een OR of lukt het niet om binnen drie weken overeenstemming te bereiken met de OR over de *Interessenausgleich*, dan kan de curator de arbeidsrechter verzoeken vast te stellen dat de opzegging van met naam en toenaam in het verzoek genoemde werknemers, door dringende bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk en sociaal gerechtvaardigd is.

Duitse werknemers hebben aanspraak op *Insolvenzgeld* ter hoogte van het niet betaalde loon over een periode van drie maanden voorafgaand aan de opening van de insolventieprocedure. Vorderingen die verband houden met het eindigen van de arbeidsovereenkomst zijn uitgesloten. De hoogte van het *Insolvenzgeld* bedraagt het netto-loon van de werknemer.

VII.3 Engeland

VII.3.1 Insolventieprocedures

Het Engelse recht kent diverse insolventieprocedures.[472] Het grootste deel van het Engelse insolventierecht is vastgelegd in de Insolvency Act 1986 (hierna ook: IA). Sommige insolventieprocedures zijn gericht op liquidatie van de rechtspersoon en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers; andere op het voortbestaan van de onderneming. De belangrijkste vereffeningsprocedure voor rechtspersonen is de *winding up* of *liquidation*;[473] belangrijkste reorganisatieprocedure is de *administration*.[474] De zogenoemde *'pre-pack'* is een bijzondere vorm van *administration.*

De *administration* is geregeld in Schedule B1 van de Insolvency Act 1986. Het primaire doel van de procedure is liquidatie van de onderneming voorkomen. Om praktische redenen eindigen de meeste *administrations* echter in een verkoop van de activa en liquidatie van de rechtspersoon.[475]

De *administration* kan worden geopend door de rechtbank op verzoek van één of meer schuldeisers, maar ook op verzoek van – naast anderen – (de bestuurders van) de vennootschap zelf. Onder omstandigheden kan zij zelfs zonder tussenkomst van de rechter worden geopend door een zekerheidsgerechtigde of de schuldenaar zelf.[476] De rechtbank wijst het verzoek om opening van de procedure toe als het bedrijf zijn schulden niet kan voldoen, of daar waarschijnlijk niet toe in staat zal zijn, en het waarschijnlijk is dat de *administration* zijn doel bereikt. Die doelen zijn in volgorde van prioriteit:

1. het redden van de onderneming (geheel of gedeeltelijk) als lopend bedrijf (*'rescuing the company as a going concern'*);
2. een verkoop voorbereiden die meer zal opleveren dan in het geval de rechtspersoon wordt geliquideerd,
   of, wanneer de vorige doelen niet bereikt kunnen worden,
3. de middelen verwerven teneinde een of meer gesecureerde of preferente schuldeisers te kunnen voldoen.[477]

Tijdens de *administration* geldt een moratorium. Behoudens gevallen waarin publieke belangen om directe afwikkeling van het bedrijf vragen, kan gedurende deze periode geen liquidatieprocedure worden geopend. Ook zekerheidsrechten kunnen niet worden uitgeoefend. Zaken van anderen die de onderneming onder zich heeft kunnen in beginsel niet worden opgeëist, en het aanspannen van een procedure is slechts zeer beperkt

---

[472] Zie daarover uitgebreid: R.H. Stevens, National Report for England, in: W.W. McBryde, A. Flessner & S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer: Kluwer 2003, p. 200 e.v.; V. Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge UP 2009; R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed., London: Sweet&Maxwell 2011.

[473] Voor natuurlijke personen geldt een aparte procedure: *bankruptcy.*

[474] WODC, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma herijking faillissementsrecht*, Nijmegen 2013, p. 17; C. Nyombi, Employees'rights during insolvency, *International Journal of Law and Management*, Vol. 55, No. 6, 2013, p. 418.

[475] G. Mansfield e.a., *Blackstone's Employment Law Practice,* Oxford University Press 2012, nr. 29.13.

[476] Zie art. 14 resp. 22 Schedule B1 IA.

[477] Voorwaarde voor dit laatste is dat daarmee niet onnodig de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld: Zie art.3 Schedule B1 IA.

mogelijk. De bevoegdheden van de bestuurders worden gedurende de *administration* uitgeoefend door de *administrator.*

Bij de *pre-packaged administration* ('*pre-pack*') vindt een activatransactie plaats die vóór de opening van de procedure al is uitonderhandeld onder leiding van de *insolvency practitioner* die bij de opening van de *administration* zal worden benoemd tot *administrator*. Vrijwel tegelijk met de opening van de procedure draagt de *administrator* de onderneming over, waarna de *administration* weer kan worden gesloten.[478] Aldus wordt desintegratieschade en waardedaling als gevolg van het openen van een insolventie-procedure zoveel mogelijk voorkomen.[479] Ongeveer eenvierde van de administration-procedures betreft een *pre-pack*.[480]

Een *winding up* kan vrijwillig *('voluntary')* of gedwongen ('*compulsory*') plaatsvinden. Belangrijkste grond voor een gedwongen *winding up* is het onvermogen van de vennootschap om haar schulden te voldoen (art. 122 lid 1 onder f van de IA). Een *winding up* kan door de rechtbank worden uitgesproken op verzoek van bijvoorbeeld (de bestuurders van) de vennootschap of één of meer schuldeisers,[481] maar ook op verzoek van een *administrator* wanneer deze, na opening van een *administration*, van oordeel is dat de hiervoor gememoreerde doelstellingen niet gerealiseerd kunnen worden.[482]

Na opening van de procedure krijgt een *liquidator* tot taak de boedel te gelde te maken en de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers. Bij een *winding up* is uitgangspunt dat de onderneming wordt gesloten. Indien dat voordelig is voor de boedel kan de *liquidator* de exploitatie echter enige tijd voortzetten. Bij een gedwongen *winding up* is daarvoor als regel toestemming nodig van de rechtbank (art. 87, art. 167 en Schedule 4 van de IA)

VII.3.2 De rechtspositie van de individuele werknemer

VII.3.2.1 (Pre-packaged) administration

Neemt de *administrator* de arbeidsovereenkomsten van de in de onderneming werkzame personen over, dan gelden de loonaanspraken van de betrokken werknemers vanaf dat moment als kosten van de *administration.* De vorderingen van de werknemers uit dien hoofde hebben een 'superpreferentie'. Zij gaan zelfs vóór de vergoeding die aan de *administrator* toekomt. Laatstgenoemde wordt geacht de arbeidsovereenkomsten te hebben overgenomen wanneer hij niet binnen veertien dagen na de opening van de procedure te kennen geeft dat hij de bestaande arbeidsovereenkomsten niet wil voortzetten.[483] Bij een eventueel later alsnog door de *administrator* gegeven ontslag vallen de verschuldigde ontslagvergoedingen niet onder de eerder genoemde superpreferentie.[484]

---

[478] Voor de activatransactie is geen voorafgaande toestemming van de rechter vereist: zie *DKLL Solicitors* (2007) EWHC 2067 (Ch); *re Kayley Vending* (2009) EWHC 904 (Ch) en *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* (2009) EWHC 3199 (Ch).

[479] WODC, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma herijking faillissementsrecht*, Nijmegen 2013, p. 18-19; N. Tollenaar, Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!, *TvI* 2011/23

[480] ZIe: T. Graham, *Graham Review into Pre-pack Administration. Report to The Rt Hon Vince Cable MP,* juni 2014, p. 6.

[481] Art. 124 van de IA.

[482] Art. 79 van Schedule B1 van de IA.

[483] Zie art. 99 lid 4, 5 en 6 van Schedule B1 van de IA en art. 2.67 van de Insolvency Rules, *Statutory Instuments* 1986, No. 1925.

[484] Zie V. Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge UP 2009, p. 416-417 en p. 758.

Ter zake van achterstallig salaris dat niet onder de superpreferentie valt, hebben (al dan niet overgenomen) werknemers tot een door de *Secretary of State* vast te stellen bedrag (thans £ 800) een preferente vordering op de boedel. Deze preferentie geldt echter slechts voor zover het verschuldigde bedrag betrekking heeft op de periode van vier maanden voorafgaand aan het openen van de insolventieprocedure.[485] Ook de pensioenpremies, het achterstallige vakantiegeld en een aantal nader aangeduide geldvorderingen van de werknemer zijn bevoorrecht.[486] Andere geldvorderingen, zoals *redundancy payments* en *unfair dismissal awards* hebben geen bevoorrechte status. Veelal zal de werknemer daarvoor een beroep kunnen doen op het *National Insurance Fund* (zie § VII.3.3).

Bedrijfsovername

Besluit de *administrator* tot overdracht van een (onderdeel van de) onderneming aan een derde, dan krijgt hij te maken met de regeling neergelegd in de *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* 2006 (hierna: TUPE).[487] Met deze regeling heeft de Engelse wetgever uitvoering gegeven aan Richtlijn 2001/23/EG.[488] Tenzij de werknemer zich daartegen verzet, gaan op grond van art. 4 TUPE bij een overgang van een (onderdeel van de) onderneming de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomsten van de aldaar werkzame personen van rechtswege over op de verkrijger. Dit geldt ook voor de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die zijn ontslagen wegens de overgang (art. 4 lid 1 en 2 TUPE). Een ontslag wegens de overgang of een daarmee verband houdende reden die niet als een economische, technische of organisatorische reden '*entailing changes in the workforce*'[489] (ETO-reden) kan worden aangemerkt, geldt op grond van art. 7 TUPE automatisch als *unfair* en kan uit dien hoofde aanleiding geven tot een veroordeling van de werkgever tot *reinstatement* of *re-engagement,* dan wel betaling van een schadevergoeding.[490]

De hiervoor genoemde bepalingen zijn niet van toepassing indien de werkgever verwikkeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een *insolvency practitioner*. Bij een overgang van een (onderdeel van de) onderneming tijdens een insolventieprocedure die niet gericht is op liquidatie van de boedel van de werkgever, zijn art. 4 en art. 7 TUPE wel toepasselijk (zie art. 8 lid 6 TUPE).

In TUPE wordt niet opgehelderd welke insolventieprocedures gericht zijn op liquidatie van de boedel en welke niet. Als gevolg daarvan bestond geruime tijd onzeker-

---

[485] Art. 386-387 IA en art. 9 e.v. van Schedule 6 IA.

[486] Art. 13 van Schedule 6 IA.

[487] *Statutory Instruments* 2006, No. 246. TUPE werd ingrijpend gewijzigd per 31 januari 2014 door de Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014, *Statutory Instruments* 2014, No. 16.

[488] De werkingssfeer van TUPE is ruimer dan die van de Richtlijn. TUPE is onder omstandigheden ook van toepassing wanneer sprake is van een '*service provision change*' (outsourcing, contractwissel of insourcing) die niet als een overgang van onderneming kan worden aangemerkt (art. 3 lid 1 onder b, lid 2A en lid 3 TUPE). Zie daarover uitgebreid onder anderen: W. Derbyshire & S. Hardy, *TUPE: Law & Practice,* 4th ed. Spiramus Press Ltd: London, 2014, p. 75 e.v.

[489] De uitdrukking '*entailing changes in the workforce'* is ontleend aan art. 4 lid 1 van de Engelse versie van Richtlijn 2001/23/EG. Daaronder moet volgens een in 2014 ingevoegd art. 7 lid 3A TUPE tevens worden begrepen: de plaats waar gewerkt wordt. In de Nederlandse vertaling van de Richtlijn wordt gesproken over 'wijzigingen voor de werkgelegenheid'. Het lijkt wat ver te voeren daaronder ook wijzigingen in de werkplek te laten vallen.

[490] Zie art. 114, art. 115 en art. 117 Employment Rights Act 1996. Dat ten tijde van het ontslag nog geen (concrete) plannen bestonden om de onderneming over te dragen, betekent niet dat het ontslag geen verband zou kunnen houden met een latere overgang: zie *Spaceright Europe Limited v. Baillavoine & Anor* [2011] EWCA Civ 1565.

heid over de rechtsgevolgen van een overgang tijdens een (*pre-packaged) administration* voor het zittende personeel.[491] Een recente uitspraak van het England and Wales Court of Appeal (civil division), EWCA, heeft duidelijkheid verschaft.[492] Het EWCA hecht, in navolging van het Hof van Justitie van de EU (zie § II.2.2), doorslaggevende betekenis aan de formele doelstelling van de regeling. De Insolvency Act 1986 verplicht iedere *administrator* om na opening van de procedure na te gaan of het primaire doel – '*rescuing the company as a going concern'* – gerealiseerd kan worden. Dit geldt ook wanneer aanstonds duidelijk is dat dit doel niet haalbaar is. Vanwege deze primaire doelstelling, oordeelde het EWCA dat de bescherming die is neergelegd in art. 4 (overgang rechten en verplichtingen) en art. 7 (bescherming tegen ontslag) van TUPE ook heeft te gelden in geval van een overdracht in het kader van een *pre-pack*.

De aansprakelijkheid van de verkrijger in geval van een (*pre-packaged*) *administration* (en andere insolventieprocedures die niet gericht zijn op liquidatie), is in één opzicht beperkt. Hij kan niet worden aangesproken voor door de insolvente werkgever verschuldigde bedragen die door het *National Insurance Fund* worden overgenomen (zie art. 8 lid 5 TUPE).[493] De aanspraken waarvoor geen beroep kan worden gedaan op het fonds en het deel van de aanspraken dat het plafond van deze voorziening overschrijdt (zie hierna § VII.3.3), komen wel voor rekening van de nieuwe werkgever.[494] Engeland heeft daarmee slechts ten dele invulling gegeven aan de mogelijkheid, neergelegd in art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG. Deze richtlijnbepaling laat de lidstaten immers de ruimte om de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten, en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure, niet over te laten gaan op de verkrijger, indien de werknemer een bescherming wordt geboden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder Richtlijn 80/987/EEG. Daarvoor is derhalve niet vereist dat de schulden volledig door het waarborgfonds worden overgenomen.

Art. 4 TUPE regelt voorts de bevoegdheid van de (oude en nieuwe) werkgever om met zijn werknemers individueel een wijziging van het arbeidscontract overeen te komen. Op grond van lid 4 van genoemde bepaling is een wijziging van de arbeidsvoorwaarden wegens de overgang nietig. Wijzigingen die uitsluitend dan wel voornamelijk zijn gebaseerd op een ETO-reden zijn op grond van lid 5 wel geoorloofd. Bij een overgang tijdens een insolventieprocedure die niet gericht is op liquidatie, maakt art. 9 TUPE het voor de vervreemder of de verkrijger (of de *insolvency practitioner*) daarenboven mogelijk om met het oog op de overgang met de vertegenwoordigers van de betrokken werknemers

[491] Vgl. J. McMullen, An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 *Industrial Law Journal,* Vol. 35, No. 2, June 2006, p. 132; V. Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge UP 2009, p. 762 e.v..

[492] *Key2Law (surrey) LLP v v D' Antiquis & Anor* [2011] EWCA Civ 1567. Zie in dezelfde zin de eerdere uitspraak van het UK Employment Appeal Tribunal in de zaak *OTG Ltd v. Barke & Ors* [2011] UKEAT/0320/09/RN. Een tegen de uitspraak ingesteld beroep werd door het Supreme Court 'dismissed'.

[493] Vgl. art. 5 lid 2 onder a Richtlijn 2001/23/EG.

[494] J. McMullen, An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, *Industrial Law Journal,* Vol. 35, No. 2, June 2006, p. 133; W. Derbyshire & S. Hardy, *TUPE: Law & Practice,* 4th ed., London: Spiramus Press Ltd2014, p. 68. Zie ook V. Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge UP 2009, p. 771, die erop wijst dat bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor de aanvullende schadevergoeding bij *unfair dismissals* nadelig uitwerkt op de bereidheid om een onderneming in *administration* over te nemen.

collectief wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden overeen te komen.[495] Deze wijzigingsbevoegdheid reikt verder dan de bevoegdheid bedoeld in art. 4 lid 5 TUPE, omdat zij niet beperkt is tot ETO-redenen. Voorwaarde is wel dat de wijzigingen bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van (het onderdeel van) de onderneming te verzekeren (art. 9 lid 7 onder b TUPE).[496]

VII.3.2.2 Winding up/liquidation

Bij een gedwongen *winding up* is uitgangspunt, dat de rechterlijke uitspraak de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van de in de onderneming werkzame werknemers met onmiddellijke ingang tot gevolg heeft.[497] Dit betekent dat de opzegtermijnen niet in acht worden genomen. De werknemers kunnen ter zake aanspraak maken op schadevergoeding. Deze vordering dienen zij ter verificatie in te dienen. [498] Indien de *liquidator* de activiteiten van de onderneming enige tijd voortzet, omdat dit voordelig is voor de boedel, komt de werknemers de bescherming tegen *unfair dismissal* toe.[499] Bij een vrijwillige *winding up* worden de arbeidsovereenkomsten niet automatisch beëindigd.

Voor de preferentie van vorderingen van werknemers geldt dezelfde regeling als bij een *administration* (zie hiervoor).[500] De vordering ter zake van het loon over de niet in acht genomen opzegtermijn geldt als een concurrente vordering.

Bedrijfsovername

Art. 4 (overgang van rechten en verplichtingen) en art. 7 (bescherming tegen ontslag wegens overgang van onderneming) zijn ingevolge art. 8 lid 7 TUPE niet van toepassing bij een overgang van een (onderdeel van de) onderneming indien de werkgever verwikkeld is in een *winding up*. Bij een eventuele activa-overdracht door de *liquidator* is de verkrijger derhalve volledig vrij in zijn keuze om bepaalde werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden en is hij daarbij niet gebonden aan de oude arbeidsvoorwaarden. Engeland heeft geen aanleiding gezien om specifieke maatregelen te treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.[501]

VII.3.3 National Insurance Fund

Werknemers van een werkgever die in een insolventieprocedure verwikkeld raakt, kunnen voor een deel van hun vordering op de werkgever een beroep doen op het *National*

[495] Deze werknemersvertegenwoordigers kunnen zijn vakbondsvertegenwoordigers of door de betrokken werknemers gekozen of aangewezen vertegenwoordigers (art. 9 lid 2 en 3 TUPE).
[496] Vgl. Art. 5 lid 2 onder b Richtlijn 2001/23/EG.
[497] Zie de rechterlijke uitspraken: *General Rolling Stock Co* (1866) 1 Eq 346 en *Commercial Financial Co Ltd v. Ramsingh-Mahabir* [1994] 1 WLR 1297. Niet uitgesloten is dat de winding up wordt omgezet in een administration. De administrator kan in dat geval (een deel van) het personeel opnieuw in dienst nemen. Dit doet echter niet af aan de geldigheid van het ontslag als gevolg van de eerdere rechterlijke uitspraak waarbij de liquidatie van de onderneming werd bevolen. Vgl. G. Mansfield e.a., *Blackstone's Employment Law Practice*, Oxford UP 2012, nr. 29.26
[498] G. Mansfield e.a., *Blackstone's Employment Law Practice,* Oxford University Press 2012, nr. 29.25.
[499] C. Nyombi, Employees'rights during insolvency, *International Journal of Law and Management*, Vol. 55, No. 6, 2013, p. 422-423.
[500] Art. 175 IA.
[501] W. Derbyshire & S. Hardy, *TUPE: Law & Practice,* 4th ed. Spiramus Press Ltd: London, 2014, p. 72.

Insurance Fund. Dit is geregeld in de *Employment Rights Act* 1996 (hierna: ERA).[502] De aanspraken omvatten achterstallig loon over een periode van maximaal acht weken en het loon over de opzegtermijn (tot maximaal £ 475 per week), vakantiegeld (tot een maximum van zes weken vakantie, opgebouwd in de laatste twaalf maanden van de dienstbetrekking), de basisvergoeding wegens *unfair dismissal*[503] en de door de werkgever verschuldigde *redundancy payment.* Verder kan door de werknemer aanspraak worden gemaakt op betaling van een vergoeding omdat de werkgever zich niet heeft gehouden aan zijn consultatieverplichtingen bij een collectief ontslag (zie hierna). Het *National Insurance Fund wordt* gesubrogeerd in de rechten van de werknemers jegens de insolvente werkgever (inclusief het daarbij behorende voorrecht).[504]

VII.3.4 Medezeggenschap

VII.3.4.1 Algemeen

In het Verenigd Koninkrijk bestonden vanouds weinig wettelijke bepalingen waaruit een recht op informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers kon worden afgeleid. Dergelijke bepalingen werden alleen ingevoerd voor die specifieke aangelegenheden waar het verschaffen van informatie en consultatie is voorgeschreven door richtlijnen van de Europese Unie.

Tot 2004 golden slechts wettelijke informatie- en raadplegingsverplichtingen bij collectief ontslag en bij overgang van (een onderdeel van) de onderneming, neergelegd in respectievelijk art. 188 tot en met 198 van de Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (hierna: TULRCA) en art. 13 tot en met art. 15 van TUPE. Deze bepalingen zijn ook van toepassing wanneer de werkgever verwikkeld is in een insolventieprocedure. Zij komen hierna uitgebreid aan de orde. Daarnaast kwamen in 2004 als uitvloeisel van Richtlijn 2002/14/EG de *Information and Consultation of Employees Regulations* (hierna: ICE) tot stand.[505]

De ICE bevat een algemeen wettelijk kader op grond waarvan werknemers-vertegenwoordigers in ondernemingen met meer dan vijftig werknemers door hun werkgevers moet worden geïnformeerd en geconsulteerd over een groot aantal belangrijke aangelegenheden betreffende (herstructurering van) de onderneming en de werkgelegenheid. De Britse wetgever heeft optimaal gebruik gemaakt van het in de preambule bij de Richtlijn verwoorde uitgangspunt dat de daarin neergelegde bepalingen geen afbreuk doen aan nationale systemen die voorschrijven dat de concrete uitoefening van het recht op informatie en raadpleging afhankelijk stellen van een collectieve wilsuiting, en de in art. 5 van de Richtlijn neergelegde bevoegdheid om het aan de sociale partners over te laten om op het passende niveau daarover afspraken te maken. Als ten minste 10% van de in de onderneming werkzame werknemers[506] verzoekt om onderhandelingen te openen over de totstandkoming van een overeenkomst betreffende informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers, dan is de werkgever in

---

[502] Art. 166-170 en art. 182-190 ERA.
[503] Zie art. 118-122 ERA.
[504] Zie art. 167 lid 3 en art. 189 ERA
[505] Zie daarover uitgebreid: M. Hall, Assessing the Information and Consultation of Employees Regulations, *Industrial Law Journal* Vol. 34, No. 2, June 2005.
[506] Als 10% minder is dan 15 of meer dan 2500, wordt van deze aantallen uitgegaan (art. 7 lid 3 ICE).

beginsel verplicht dergelijke onderhandelingen te initiëren (art. 7 tot en met art. 15 ICE). Laat hij dat na of komt geen overeenkomst tot stand, dan gelden de standaardbepalingen van art. 20 e.v. ICE. Deze komen vrijwel letterlijk overeen met de kernbepalingen van Richtlijn 2002/14/EG. De werkgever is op grond van die bepalingen gehouden werknemersvertegenwoordigers:

- te informeren over de recente en waarschijnlijke ontwikkeling van de activiteiten van de onderneming en de economische situatie van de onderneming;
- te informeren en te raadplegen over de situatie, de structuur en de waarschijnlijke ontwikkeling van de werkgelegenheid binnen de onderneming en de maatregelen die in dat kader worden voorzien, in het bijzonder waar de werkgelegenheid binnen de onderneming bedreigd wordt;
- te informeren en te raadplegen met het oog op het bereiken van overeenstemming, over beslissingen die waarschijnlijk ingrijpende gevolgen zullen hebben voor de arbeidsorganisatie of contractuele relaties, met inbegrip van beslissingen die worden bestreken door de wetgeving inzake collectieve ontslagen en overgang van ondernemingen.[507]

Laatstgenoemde verplichting geldt niet indien de werkgever zich houdt aan de informatie- en raadplegingsverplichtingen die op grond van de TULRCA of TUPE op hem rusten (zie art. 20 lid 3 ICA). Is er een overeenkomst betreffende informatie en raadpleging tot stand gekomen, dan is de werkgever (slechts) gehouden de daarin neergelegde verplichtingen na te leven.

Bij niet-naleving van de wettelijke verplichtingen kunnen de belanghebbende werknemers(vertegenwoordigers) de *Central Arbitration Committee* (CAC) verzoeken de werkgever te verplichten tot nakoming. Het oordeel van het CAC heeft echter geen enkele invloed op door de werkgever (voor)genomen besluiten en/of door hem gemaakte afspraken of gedane voorstellen (art. 22 ICE). Voldoet de werkgever niet aan een door het CAC gegeven opdracht, dan kan hij slechts door het *Employment Appeal Tribunal* worden veroordeeld tot betaling van een boete van maximaal £ 75.000 aan de *Secretary of State* (art. 23 ICE).

VII.3.4.2 Informatie en raadpleging bij collectief ontslag

De TULRCA verplicht de werkgever die van plan is om twintig of meer werknemers te ontslaan binnen een periode van negentig dagen vanwege een grond die niet in de persoon van de werknemer is gelegen, om de in aanmerking komende werknemersvertegen-woordigers te raadplegen. [508] Ook werknemers die gebruik maken van een vrijwillig-vertrekregeling tellen mee bij de beoordeling of aan het getalscriterium is voldaan.[509] Bepaalde-tijdcontracten die in deze periode van rechtswege eindigen en niet worden verlengd, blijven buiten beschouwing.[510]

[507] Vgl. art. 4 lid 2 Richtlijn 2002/14/EG.
[508] Art. 188 jo. art. 195 TULRCA. De EAT laat met het oog op Richtlijn 98/59/EG de in art. 188 lid 1 opgenomen beperking tot '*one establishment*' buiten beschouwing: *USDAW v. Ethel Austin Ltd.* [2013] EAT/0548/12.
[509] EAT 10 juli 2007, *Optare Group Ltd. V. Transport and General Workers Union* [2007] EAT/0143/07
[510] Art. 282 TULRCA (zoals gewijzigd door de Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (Amendment) Order 2013, *Statutory Instruments* 2013, No. 763).

Op grond van art. 188 lid 2 TULRCA dienen de werknemersvertegenwoordigers[511] te worden geraadpleegd met als doel te bezien in hoeverre het collectief ontslag kan worden voorkomen of ontslagen kunnen worden vermeden en welke maatregelen kunnen worden getroffen om de gevolgen van de ontslagen te mitigeren. De raadpleging moet gericht zijn op het bereiken van een akkoord. De wet eist niet dat een dergelijk akkoord ook wordt bereikt. Bij de uitnodiging voor het overleg moet de werkgever de volgende informatie verstrekken:

- de reden voor zijn voorgenomen besluit;
- het aantal werknemers dat hij wil ontslaan en de functieomschrijving van deze werknemers;
- het totale aantal uitwisselbare functies;
- de selectiecriteria;
- de wijze waarop de ontslagen geeffectueerd zullen worden;
- de wijze waarop de *redundancy payments* worden berekend (indien deze afwijkt van de wettelijke vergoeding).[512]

De raadpleging dient op grond van art. 188 lid 1A TULRCA tijdig (*'in good time'*) en in elk geval te beginnen dertig dagen vóórdat de opzeggingen plaatsvinden. Gaat het om een collectief van honderd of meer werknemers dan dient de raadpleging ten minste 45 dagen vóór effectuering aan te vangen. Tegelijkertijd dient de werkgever zijn voornemen op grond van art. 193 TULRCA te melden aan de *Secretary of State*.[513]

De informatie-, raadplegings- en meldingsverplichtingen gelden niet onverkort wanneer naleving, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, praktisch niet haalbaar is. De werkgever kan in dat geval volstaan met de stappen die wel haalbaar zijn (art. 188 lid 7 en art. 193 lid 7 TULRCA). Deze uitzondering is slechts aan de orde bij plotseling opkomende, niet voorzienbare omstandigheden, zoals de verwoesting van het bedrijf door natuurgeweld. Het afvloeien van werknemers om het bedrijf aantrekkelijker te maken voor een potentiele overnemer, kwalificeert niet als zodanig.[514]

Houdt de werkgever zich niet aan de informatie- en raadplegingsverplichtingen, dan bestaat er geen mogelijkheid om naleving via de rechter af te dwingen.[515] Wel kan de rechter een verklaring voor recht afgeven en de werkgever veroordelen tot betaling van een *protective award* aan de betrokken werknemers (art. 189 lid 2 TULRCA). De hoogte van de vergoeding is gelijk aan één weeksalaris voor elke week in de *protected period*. De lengte van deze periode is afhankelijk van de ernst van de inbreuk, maar beloopt maximaal negentig dagen (art. 190 TULRCA).

---

[511] Deze werknemersvertegenwoordigers kunnen zijn vertegenwoordigers van een door de werkgever erkende vakorganisatie of door de betrokken werknemers, al dan niet speciaal met het oog op het collectief ontslag, gekozen of aangewezen vertegenwoordigers (art. 188 lid 1B TULRCA). Zie voor de vereisten die aan een dergelijke verkiezing worden gesteld: art. 188A TULRCA.

[512] Is er geen erkende vakbond of medezeggenschapsraad en verzuimen de werknemers een vertegenwoordiging te kiezen, dan dient de werkgever de informatie aan elke betrokken werknemer afzonderlijk te doen toekomen (art. 188 lid 7B TULRCA).

[513] Tot april 2013 bedroeg de termijn voor de raadpleging en de melding bij grote collectieve ontslagen negentig dagen. Zij werd teruggebracht tot 45 dagen als gevolg van de Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (Amendment) Order 2013, *Statutory Instruments* 2013, No. 763.

[514] *GMB v. Rankin & Harrison* [1992] *IRLR* 514

[515] J. McMullen, *Redundancy: the Law and Practice*, 3rd edition, Oxford University Press, 2011, p. 266-267.

Genoemde informatie-, raadplegings- en meldingsverplichtingen gelden ook bij een collectief ontslag na opening van een insolventieprocedure*.* Voor een eventueel verschuldigde *protective award* kan een beroep worden gedaan op het *National Insurance Fund.*

Omdat de *administrator* na opening van de *administration* slechts veertien dagen ter beschikking staan om te besluiten of hij de arbeidsovereenkomsten met het zittende personeel wil voortzetten, zal hij de door TULRCA voorgeschreven procedure veelal niet kunnen naleven. Dit wordt ook in de literatuur als een probleem gesignaleerd.[516] In dat verband komt de vraag op of de insolventieprocedure een bijzondere omstandigheid kan opleveren in vorenbedoelde zin op grond waarvan niet alle stappen in het proces hoeven te worden doorlopen. Deze vraag werd in de rechtspraak negatief beantwoord voor een geval waarin de onderneming al enige tijd in financiële moeilijkheden verkeerde en de insolventie voorzienbaar was.[517] Voor een plotseling opgekomen insolventie zou dat anders kunnen liggen.[518] Het is echter de vraag of deze rechtspraak zich nog verdraagt met de inmiddels gewijzigde Richtlijn 98/59/EG, die in geval van een beëindiging van de werkzaamheden die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, slechts een uitzondering toestaat op de meldingsverplichting aan de overheid en op de termijnen na afloop waarvan de collectieve ontslagen effect mogen sorteren (zie § II.3.3). Engeland heeft overigens geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheden.[519]

VII.3.4.3 Informatie en raadpleging bij overgang van onderneming

Ook de bepalingen in TUPE betreffende informatie en raadpleging van werknemers-vertegenwoordigers bij overgang van een (onderdeel van de) onderneming zijn onverkort van toepassing op een overdracht van de onderneming na opening van een insolventieprocedure, ongeacht of deze op liquidatie van de boedel is gericht of niet.

Op grond van art. 13 lid 2 TUPE zijn vervreemder en verkrijger gehouden de vertegenwoordigers[520] van hun eigen werknemers die bij een overgang zijn betrokken, tijdig informatie te verstrekken over:[521]

- het besluit tot overdracht van (het onderdeel van) de onderneming, de (voorgenomen) datum van de overgang en de reden daarvoor;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de betrokken werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen (of het ontbreken daarvan).

---

[516] C. Nyombi, Employees'rights during insolvency, *International Journal of Law and Management*, Vol. 55, No. 6, 2013, p. 422

[517] *Clarks of Hove Ltd v. Bakers' Union* [1978] 1 *IRLR* 366 (CA

[518] *USDAW v. Leancut Bacon* [1981] *IRLR* 295 (EAT)

[519] Vgl. A.T.J.M. Jacobs & R.D. Vriesendorp (red.), *Werknemersrechten in faillissement. Een rechtsvergelijkende beschouwing,* Den Haag: BJU 2000, p. 42.

[520] Deze werknemersvertegenwoordigers kunnen zijn vertegenwoordigers van een door de werkgever erkende vakorganisatie of door de betrokken werknemers, al dan niet speciaal met het oog op deze consultatie, gekozen of aangewezen vertegenwoordigers (art. 13 lid 3 TUPE). Zie voor de vereisten die aan een dergelijke verkiezing worden gesteld: art. 14 TUPE. Betreft het een onderneming met minder dan tien werknemers zonder vakbonds- of andere werknemersvertegenwoordigers, dan kan de werkgever aan zijn verplichtingen voldoen door de werknemers zelf te informeren en te raadplegen (art. 13A TUPE).

[521] Vgl. voor de onderdelen a t/m c: art. 7 Richtlijn 2001/23/EG.

Verder is de vervreemder verplicht de werknemers die zullen overgaan, op de hoogte te brengen van eventuele wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden die op grond van art. 4 TUPE door de verkrijger worden overwogen.[522] Wanneer ten aanzien van bepaalde werknemers in verband met de overgang maatregelen worden voorzien, is de werkgever op grond van art. 13 lid 6 en lid 7 TUPE gehouden daarover overleg te voeren met de vertegenwoordigers van betrokkenen. De werkgever moet de voorstellen die namens de werknemers worden gedaan, in overweging nemen en kan deze slechts gemotiveerd afwijzen.

Ook voor de verplichtingen neergelegd in art. 13 lid 2 en lid 7 TUPE geldt dat zij niet onverkort gelden wanneer naleving, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, praktisch niet haalbaar is. De werkgever kan in dat geval volstaan met de stappen die wel haalbaar zijn (art. 13 lid 9 TUPE). Ook hier wordt aangenomen dat een insolventie-procedure op zichzelf niet kwalificeert als een bijzondere omstandigheid in de voren-bedoelde zin.[523]

Bij schending van de informatie- en raadplegingsverplichtingen kan de werkgever (vervreemder en/of verkrijger) door de betrokken werknemers worden aangesproken tot betaling van een vergoeding. De bewijslast dat hij wel heeft voldaan aan de informatie- en raadplegingsverplichtingen van art. 13 en art. 14 TUPE, rust op de werkgever (art. 15 TUPE). De hoogte van de vergoeding wordt gerelateerd aan de ernst van de tekortkoming. Het toe te kennen bedrag mag op grond van art. 16 TUPE evenwel niet hoger zijn dan het salaris over dertien weken.

VII.3.5 Samenvattende beschouwing Engeland

Het Engelse recht kent diverse insolventieprocedures. Sommige daarvan zijn gericht op liquidatie en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers; andere op het voortbestaan van de onderneming. De belangrijkste vereffeningsprocedure voor rechtspersonen is de *winding up*; de belangrijkste reorganisatieprocedure is de administration. De ‘*pre-pack*’ is een bijzondere vorm van de *administration*.

Zet de *administrator* of de *liquidator* na opening van de *administration* respectievelijk de *winding up* de arbeidsovereenkomst voort, dan komt aan het loon vanaf datum opening insolventieprocedure een ‘superpreferentie’ toe. Loonaanspraken die niet onder deze superpreferentie vallen, zijn tot een bepaald bedrag bevoorrecht, althans voor zover zij betrekking hebben op de periode van vier maanden voorafgaand aan de procedure. Ook de pensioenpremies, het achterstallige vakantiegeld en een aantal nader aangeduide geldvorderingen van de werknemer zijn bevoorrecht. Andere geldvorderingen, zoals *redundancy payments* en *unfair dismissal awards* hebben geen bevoorrechte status.

De *administration* heeft in beginsel geen invloed op de ontslagbescherming van de werknemer. Bij een gedwongen *winding up* is het uitgangspunt de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsoverenkomsten. De vanwege het niet in acht nemen van de opzegtermijn verschuldigde vergoeding moet door de werknemers ter verificatie worden

[522] De verkrijger dient deze informatie tijdig aan de vervreemder mee te delen (art. 13 lid 4 TUPE).

[523] Vgl. C. Nyombi, Employees’rights during insolvency, *International Journal of Law and Management*, Vol. 55, No. 6, 2013, p. 421.

ingediend. Bescherming tegen *unfair dismissal* komt de werknemers slechts toe als de arbeidsovereenkomst door de liquidator wordt voortgezet in het belang van de boedel.

In Engeland kunnen werknemers voor een deel van hun vordering op de werkgever een beroep doen op het *National Insurance Fund*. De aanspraken omvatten achterstallig loon over een periode van maximaal acht weken en het loon over de opzegtermijn, vakantiegeld, de basisvergoeding wegens *unfair dismissal* en de door de werkgever verschuldigde *redundancy payment.* De aanspraken zijn gemaximeerd. Verder bestaat recht op overneming van de schadevergoeding waarop de werknemer aanspraak heeft indien de werkgever zich niet heeft gehouden aan zijn consultatieverplichtingen bij een collectief ontslag. Het fonds wordt gesubrogeerd in de rechten van de werknemers.

Indien een administration-procedure is geopend en de onderneming wordt overgedragen komen de werknemers die niet op grond van ETO-redenen zijn ontslagen, van rechtswege in dienst bij de verkrijger.Laatst genoemde kan echter niet worden aangesproken voor de bedragen die door het *National Insurance Fund* worden overgenomen. Verder geldt ook in Engeland dat (oude en nieuwe) werkgever met de werknemers individueel een wijziging van het arbeidscontract overeen kunnen komen. Deze wijzigingen moeten wel voornamelijk zijn gebaseerd op een ETO-reden. Het is voor de vervreemder (of de *insolvency practitioner*) en de verkrijger daarenboven mogelijk om met het oog op de overgang met de werknemersvertegenwoordigers collectief wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden overeen te komen. Deze wijzigingsbevoegdheid is niet beperkt tot ETO-redenen, maar mag slechts worden uitgeoefend om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van (het onderdeel van) de onderneming te verzekeren. Bij een activaoverdracht door de *liquidator* tijdens een gedwongen *winding up* is de verkrijger volledig vrij in zijn keuze om werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden en daarbij niet gebonden aan de oude arbeidsvoorwaarden.

De wettelijke verplichtingen tot het verschaffen van informatie aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers zijn onverkort van toepassing tijdens de insolventieprocedure. Engeland heeft ook geen gebruik gemaakt van de door Richtlijn 98/59/EG geboden mogelijkheid om bij een beëindiging van de werkzaamheden die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, een uitzondering te maken op de meldingsverplichting aan de overheid en de termijnen na afloop waarvan de collectieve ontslagen effect mogen sorteren.

VII.4 Frankrijk

VII.4.1 Vormen van insolventie

VII.4.1.1 Inleiding

Als een onderneming in moeilijkheden verkeert, dan geeft het Franse recht verscheidene mogelijkheden. De eerste set van mogelijkheden betreft de situatie waarin de debiteur nog niet in de situatie verkeert waarin hij is opgehouden te betalen, maar waarin hij zich genoodzaakt ziet om maatregelen te nemen om dat te voorkomen. Behalve de *'sauvegarde'*, te vergelijken met de Nederlandse surseance, kan door de schuldenaar ook gebruik gemaakt worden van minder verstrekkende vormen van preventieve maatregelen. In al deze gevallen blijft de werkgever zelf de onderneming besturen, met bijstand van een door de bevoegde rechter aangewezen persoon.

De tweede set van mogelijkheden is te vergelijken met het Nederlandse faillissement. Na ontvangst van een aanvraag ter griffie opent de bevoegde rechter een procedure. Dit kan bestaan uit een *'redressement judiciaire'*. Hierbij wordt het roer overgenomen door een *administrateur judiciaire*. Het kan ook uitmonden in een '*liquidation judiciaire'*. Daarbij is de afwikkeling in handen van een *liquidateur*. Wij zullen deze door de bevoegde rechter aangewezen afwikkelaars hierna ook wel gezamenlijk aanduiden als curator.

VII.4.1.2 Preventieve maatregelen

De schuldenaar die in moeilijkheden verkeert, kan al in een vroeg stadium gerechtelijke bijstand vragen. Zo kan hij een *'mandataire ad hoc'* laten benoemen door de bevoegde rechtbank om op discrete wijze te onderzoeken of een bepaald conflict binnen de onderneming of met schuldeisers kan worden opgelost (L611-3 CdC). Op verzoek van de schuldenaar kan de opdracht aan de *mandataire* weer worden ingetrokken. De aanstelling van de *mandataire* kan overgaan in de *procedure de conciliation.* Deze procedure is gericht op de redding van de onderneming door middel van een akkoord met (een deel van) de schuldeisers. Daartoe wordt een *'conciliateur'* aangesteld. Het eventueel te bereiken akkoord is 'privaatrechtelijk' en wordt derhalve vrijwillig aangegaan door de schuldeisers, maar kan worden gevalideerd door de rechter. Sinds 1 juli 2014 kan de *conciliateur* ook op verzoek van de schuldenaar de opdracht krijgen om een gehele of gedeeltelijke overdracht van de onderneming voor te bereiden. Dit plan kan uiteindelijk worden uitgevoerd in het kader van een *sauvegarde* (zie hierna). Deze mogelijkheid wordt ook wel de Franse '*pre-pack'* genoemd.[524]

Sauvegarde

De sauvegarde procedure, vergelijkbaar met de Nederlandse surseance procedure, is ingesteld per *loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005*, en is geregeld in de artikelen L 620-1 tot L 628-7 Code de commerce (CdC). De procedure wordt geopend op verzoek van de debiteur, die niet verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen, maar wiens problemen niet op eigen kracht overwonnen kunnen worden (art. L-620-1 CdC). De procedure staat ook nog open voor de debiteur die niet langer dan 45 dagen verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen. De debiteur wordt vervolgens bijgestaan bij het saneren van zijn

[524] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 940.

bedrijf door een of meer *mandataires judiciaires* (die de schuldeisers vertegenwoordigen) en de *administrateur judiciaire* (die hem helpt bij het besturen van de onderneming en het opstellen van een plan). Deze personen worden benoemd door en leggen verantwoording af aan de rechter-commissaris.

De *sauvegarde* geeft de schuldenaar ruimte om gedurende een periode zijn bedrijf te reorganiseren zonder dat hij tot betaling van zijn schulden kan worden gedwongen. Zij vangt aan met een onderzoeksperiode van in beginsel maximaal zes maanden, waarna een *plan de sauvegarde* kan worden vastgesteld. Het plan kan bestaan uit een voortzetting van de onderneming al dan niet in afgeslankte vorm, maar ook uit het omzetten van de procedure in een faillissementsprocedure. De *sauvegarde* leidt niet noodzakelijkerwijs tot sanering van het personeelsbestand. Het kan wel gevolgen hebben voor het personeel, met name als delen van de onderneming worden verkocht. In het plan moet aandacht worden besteed aan de gevolgen voor de werkgelegenheid (L626-2 CdC) en de ondernemingsraad moet erover geraadpleegd worden (art. L 2323-44 Code du travail (CdT)).

Een variant van de sauvegarde is de *sauvegarde accelerée,* de 'versnelde sauvegarde-procedure'. Zoals besproken kan in de preventieve *'conciliation'* procedure een plan worden opgesteld voor overdracht van de onderneming. Als een vrijwillig akkoord met die strekking niet tot stand komt, kan het aldus opgestelde plan in een versnelde sauvegarde procedure worden afgewikkeld.[525] Het tijdsbestek is alsdan één maand tot drie maanden. De procedure staat alleen open voor grotere ondernemingen,[526] en is alleen toegankelijk als afwikkeling binnen de genoemde termijn met het akkoord van de betrokken schuldeisers waarschijnlijk mogelijk is.[527] De positie van werknemers wordt niet geraakt door de opening van de versnelde sauvegarde-procedure.[528]

VII.4.1.3 Redressement en liquidation

Deze twee procedures worden hierna ook wel gezamenlijk aangeduid als de faillissementsprocedure.

Redressement

In de *loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires* werd het doel van de *redressement* benoemd als '*la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif*'. Sindsdien heeft het behoud van werkgelegenheid aldus een zeker gewicht in deze procedure, naast het behoud van de onderneming en de afwikkeling van de schulden.[529] In 2005 is de wet ingrijpend gewijzigd, maar dit beginsel is behouden.[530]

[525] Dit wordt als gezegd wel aangeduid als de 'Franse *pre-pack*'. C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 940.
[526] De drempel ligt bij twintig werknemers en drie miljoen omzet per jaar (D 628-3 CdC); C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 944.
[527] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, no. 942.
[528] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, no. 950.
[529] P. Bailly, Les licenciements et les procédures collectives, *Gazette du Palais*, 08 novembre 2008 n° 313, p. 3.
[530] P. J. Omar, French insolvency law and the 2005 reforms, *International Company and Commercial Law Review* 2005 16(12), p. 490-500.

De *redressement judiciaire* is geregeld in de artikelen R 631-1 tot 632-4 CdC. Deze procedure staat open voor de debiteur die vanwege de onmogelijkheid om de opeisbare schulden te voldoen uit het beschikbare actief, verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen (art. R 631-1 CdC), terwijl de onderneming mogelijk nog voortgezet kan worden. De procedure kan geopend worden op verzoek van de debiteur zelf, van schuldeisers of van een vertegenwoordiger van de staat (de *procureur de la Republique*). De bevoegde instantie is de *Tribunal de commerce* in het geval van detailhandel en ambachtslieden, in andere gevallen de *Tribunal de grande instance*. De rechter-commissaris wijst een of meer *mandataires judiciaires* aan (die de schuldeisers vertegenwoordigen) en de *administrateur judiciaire* (die het besturen van de onderneming overneemt en een plan op gaat stellen). Deze personen worden benoemd door en leggen verantwoording af aan de rechter-commissaris.

Ook de redressements-procedure vangt aan met een onderzoeksperiode van in beginsel maximaal zes maanden. Als er geen *redressement* mogelijk is wordt de debiteur verwezen naar de *liquidation* (zie hierna). Als redressement wel mogelijk is, wordt na de onderzoeksperiode een *plan de redressement* vastgesteld door de rechter-commissaris. Dit zal niet zelden bestaan uit het voortzetten van de activiteiten van de onderneming in afgeslankte vorm, leidende tot sanering van het personeelsbestand. Tijdens de redressement-procedure gelden enige uitzonderingen op regels inzake de ontslagbescherming van werknemers (zie § VII.4.3).

Liquidation judiciaire

De *liquidation judiciaire* is geregeld in de artikelen L 640-1 tot L 644-6 CdC. Volgens art. L 640-1 CdC is de liquidation beschikbaar voor de debiteur die verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen, terwijl duidelijk is dat *redressement* niet mogelijk is. Het doel van deze procedure is de activiteiten van de onderneming te staken en de goederen en rechten afzonderlijk te gelde te maken. De liquidation-procedure kan aanvangen met een onderzoeksperiode, maar het is ook mogelijk dat de *liquidation* onmiddellijk start. De *liquidateur* kan besluiten tot voorlopige voortzetting van de werkzaamheden (L 641-10 CdC), voor een periode van maximaal drie maanden. Van deze mogelijkheid wordt weinig gebruik gemaakt.[531]

Gedurende de eventuele onderzoeksperiode en na vaststelling van de *liquidation* gelden soortgelijke uitzonderingen op regels inzake de ontslagbescherming van werknemers als in de onderzoeksperiode bij *redressement*. Er is in beginsel geen sprake van behoud van werkgelegenheid bij een *liquidation*, behalve als er gekozen wordt voor een overdracht van een deel of het geheel van de onderneming, met als doel om ‘de activiteiten die zich daarvoor lenen zelfstandig voort te zetten, de daaraan verbonden werkgelegenheid geheel of gedeeltelijk te behouden, en de schulden te saneren’(art. L 642-1 CdC). Daartoe moet een *plan de cession* gemaakt worden, waarna een transparante biedingsprocedure moet worden gevolgd.[532]

[531] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 1229.
[532] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, no. 1243 en verder.

Van de besproken procedures is de meest gevolgde procedure de *liquidation*. De rechtbanken respecteren niettemin het doel van de wetgever om zoveel mogelijk te streven naar behoud van de economische eenheid van de onderneming.[533]

VII.4.2 Gevolgen voor de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst

VII.4.2.1 Preventieve procedures

In het geval van de preventieve procedures worden de verplichtingen van de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomsten in beginsel niet geraakt door het starten van deze procedures.[534] Zo moeten de salarissen gewoon betaald worden; zij worden in beginsel niet gegarandeerd door de *Assurance garantie des salaires* (zie § VII.4.4).[535] Daarop is een zeer beperkte uitzondering voor ontslagvergoedingen in geval van de *sauvegarde*, als de *mandataire judiciaire* aantoont dat de middelen van de onderneming onvoldoende zijn.[536] De *Assurance garantie des salaires* kan dit betwisten bij de rechter-commissaris.

VII.4.2.2 Faillissementsprocedures

Nadat een faillissementsprocedure is gestart, moeten de werknemersvorderingen op de debiteur worden geïnventariseerd door de curator.[537] Werknemersvorderingen worden namens hen door het waarborgfonds ingediend (zie § VII.4.4). De curator moet zijn inventarisatie laten controleren door een vertegenwoordiger van de werknemers, aangewezen door de ondernemingsraad, of als die er niet is, een afgevaardigde van het personeel. De *Assurance garantie des salaires* kan de inventarisatie eveneens door een afgevaardigde laten controleren (zie § VII.4.4).

De curator moet de werknemers individueel informeren over de erkenning of afwijzing van hun vorderingen. Bij geschillen over erkenning van hun vorderingen kunnen werknemers zich binnen twee maanden wenden tot het *Conseil de Prud'hommes* (de Franse rechtbank voor onder meer arbeidszaken).

Achterstallige salarissen verschuldigd op het moment van de start van de faillissementsprocedure voor de laatste zestig werkdagen voor de opening van de procedure worden aangemerkt als supergeprivilegieerde vordering (L 3253-2 en L.3253-16-2CdT).[538] De loonvorderingen van werknemers die ontstaan na opening van de faillissementsprocedure, zijn na voldoening van de supergeprivilegieerde vorderingen verschuldigd op de overeengekomen reguliere betaaldag, en zijn eerste in rang voor wat betreft de schulden ontstaan na faillissement (L. 622-17 en L. 641-13 CdC; L 3253-2).

Als de onderneming onvoldoende middelen heeft om deze bedragen te voldoen, neemt de Assurance garantie des salaires een deel van deze salarisverplichtingen over (zie

[533] In 2013 betrof van de procedures waarin AGS de werknemersvorderingen moest overnemen 59,1% liquidation, 39,7% redressement waarvan 73,1 % werd omgezet in liquidation, 1,2% sauvegarde. C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, no. 1089.

[534] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 671.

[535] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, no 671.

[536] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, no. 673.

[537] P. Bauvert, Nicole Siret, *Droit social* 2014/15, 8e edition, par. 263.

[538] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 805 en 1345; M. le Bihan-Guénolé, *Le droit du travail 2013/2014*, Hachette Livre, Paris 2013, p. 103. Het verschuldigde vakantiegeld is begrepen in het superprivilege voor 30 werkdagen, evenals ontslagvergoedingen in de genoemde periode.

hierna § VII.4.4). De Assurance garantie des salaires kan terugbetaling vorderen van de werkgever; zij wordt gesubrogeerd in de vorderingen van de werknemers (Art. L3253-16 CdT; art. L 622-17 CdC).

VII.4.3 Beëindiging van lopende arbeidsovereenkomsten

VII.4.3.1 Bedrijfseconomisch ontslag in het algemeen

Franse werkgevers die een bedrijfseconomisch ontslag ambiëren, kunnen, afhankelijk van de omvang van de onderneming en het aantal voorgenomen ontslagen, gebonden zijn aan een overlegplicht, een verplichting een collectief werkgelegenheidsplan op te stellen en een verplichting preventieve toestemming te vragen. Voorts moeten zij bij opzegging van de arbeidsovereenkomst termijnen in acht nemen en eventuele schadevergoedingen voldoen, en zij zijn verplicht om werknemers individueel te ondersteunen bij het vinden van een nieuwe baan.

Overleg

Voorafgaand aan een collectief bedrijfseconomisch ontslag moet de werkgever met de werknemers overleggen (art. L1233-8 tot L1233-10 CdT). De precieze consultatieverplichting hangt af van de omvang van het voorgenomen ontslag en de omvang van de onderneming, en varieert van overleg met de werknemer, overleg met de personeelsvertegenwoordigers (bij ondernemingen met minder dan vijftig werknemers en minder dan tien ontslagen) en overleg met de ondernemingsraad (bij ondernemingen met ten minste vijftig werknemers en minder dan tien ontslagen). Bij meer dan tien ontslagen binnen dertig dagen geldt een verplicht tijdpad voor het overleg. Daarvan kan worden afgeweken in het kader van een sociaal akkoord, dat wil zeggen een akkoord tussen de werkgever en vakbonden (L 1233-21 CdT). Als de werkgever de overlegverplichtingen niet nakomt, is hij schadeplichtig (art. L1235-12 CdT).

Werkgelegenheidsplan

Afhankelijk van de omvang van de voorgenomen ontslagen is de werkgever verplicht een *Plan de Sauvegarde de l'emploi* (PSE) op te stellen, met als doel het vermijden van ontslagen of het beperken ervan, alsmede het faciliteren van de re-integratie van ontslagen werknemers, in het bijzonder werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie. De PSE is verplicht voor ondernemingen met minstens vijftig werknemers, als het voorgenomen ontslag ten minste tien werknemers betreft gedurende een periode van dertig dagen. De wet schrijft voor welke maatregelen moeten worden overwogen, zoals interne herplaatsing, detachering, scholing, arbeidstijdverkorting, et cetera (art. L1233-62 CdT).

De PSE kan tot stand komen als eenzijdig plan van de werkgever. Voorgeschreven is dat dit in overleg met hetzij de afgevaardigden van het personeel, hetzij de ondernemingsraad moet gebeuren. Met hen moeten twee vergaderingen worden gehouden, waartussen minimaal veertien dagen zitten. De ondernemingsraad heeft bij minder dan honderd ontslagen twee maanden de tijd om een advies te geven, drie maanden bij 101-249 ontslagen, en vier maanden bij 250 of meer ontslagen, te tellen vanaf de eerste bijeenkomst (art. L1233-30 CdT).

Een alternatief is de totstandkoming van een PSE op grond van een sociaal akkoord met de vakbonden. In een dergelijk akkoord kunnen ook afwijkende afspraken worden gemaakt inzake de geldende termijnen voor overleg met en advisering door de ondernemingsraad. Een sociaal akkoord over het PSE kan worden gesloten met de steun van een absolute meerderheid van de representatieve vakbonden binnen de onderneming (art. L 1233-24-1 CdT).

Melding en preventieve toestemming
Ten slotte moet de werkgever onder omstandigheden de *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi* (Direccte) informeren over de voorgenomen ontslagen (art. L1233-46 tot L1233-51 CdT). Dit is het geval als het gaat om een onderneming van meer dan vijftig werknemers en meer dan tien voorgenomen ontslagen. De Direccte moet geïnformeerd worden over het ontslagvoornemen vanaf het moment dat de ondernemingsraad of de vakbonden worden geconsulteerd. De Direccte moet zoveel mogelijk op de hoogte worden gehouden van de onderhandelingen en de inhoud van het PSE.

In een wet uit 2013 (*la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi*) zijn er belangrijke voorschriften geïntroduceerd met betrekking tot de betrokkenheid van de Direccte, namelijk de verplichting om toestemming van deze overheidsinstantie te verkrijgen voor de voorgenomen ontslagen. Alvorens toestemming te verlenen controleert de Direccte of de overlegverplichtingen in acht zijn genomen en of de inhoud van de PSE aan de daaraan gestelde eisen voldoet. Betreft het een PSE op grond van een sociaal akkoord, dan zal de Direccte het akkoord kunnen valideren. Gaat het om een eenzijdig plan, dan kan Direccte het homologeren (art. L1233-57 tot L1233-57-8 CdT). Binnen 21 dagen na melding van een ontslagvoornemen zal Direccte verifiëren of de procedure conform de regels is verlopen. Bij weigering van validering of homologatie kan de werkgever in beroep bij de bestuursrechter binnen twee maanden. Indien een werkgever zonder een gevalideerd of gehomologeerd PSE opzegt, is de opzegging vernietigbaar of heeft de werknemer, naar keuze, recht op schadevergoeding ter hoogte van minimaal zes maandsalarissen (art. L1235-10 en L1235-11 CdT). De ondernemingsraad, een vakbond maar ook de werknemers zelf kunnen de rechtmatigheid van het gevalideerde of gehomologeerde PSE door een rechter laten beoordelen.

Opzegging
Bij opzegging moeten wachttijden in acht worden genomen. Deze wachttijden variëren al naar gelang van het aantal ontslagen en de omvang van de onderneming. Bij een ontslag van een tot negen personen geldt een wachttijd van zeven dagen na het overleg met de werknemers (art. L1233-15 CdT). Bij een ontslag van tien of meer personen in een onderneming met minder dan 50 werknemers, geldt een periode van dertig dagen na de melding aan de Direccte. Bij een ontslag van tien of meer personen in een onderneming met 50 of meer werknemers, geldt een termijn van dertig dagen na de homologatie of validatie van het PSE (art. L 1233-39 CdT). In een sociaal akkoord met de vakbonden kunnen andere wachttijden overeengekomen worden.

Daarnaast zal de werkgever opzegtermijnen moeten respecteren zoals voorzien in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten. Tevens kunnen ontslagvergoedingen verschuldigd zijn, bijvoorbeeld uit hoofde van niet uitbetaalde vakantiedagen of het niet in

acht nemen van de ontslagvolgorde zoals voorzien in een collectieve arbeidsovereenkomst of in de wet (art. 1233-5 CdT).

Re-integratie
Werkgevers moeten ten slotte de ontslagen werknemers een individueel re-integratietraject aanbieden. De vorm daarvan hangt af van de omvang van het bedrijf. Werkgevers met minder dan duizend werknemers moeten hun werknemers een *Contrat de sécurisation professionnelle* (CSP) aanbieden. Ondernemingen met meer dan duizend werknemers moeten werknemers een betaald 're-integratieverlof' van een jaar aanbieden (art. L1233-65 tot L1233-70 CdT). Alle werkgevers, ongeacht de omvang van hun onderneming, hebben een herplaatsingsplicht. De werkgever moet aantonen dat hij pogingen heeft gedaan de betreffende werknemers te herplaatsen zo nodig door middel van aanpassing van de arbeid of met behulp van scholing. Bij het niet in acht nemen van deze verplichting is de werkgever schadeplichtig (art. L1233-4 CdT).

VII.4.3.2 Bedrijfseconomisch ontslag en insolventie
In beginsel heeft de curator na opening van de faillissementsprocedure het recht om de uitvoering van contracten op te schorten of naar believen op te zeggen. Dit recht is echter uitgesloten in het geval van arbeidsovereenkomsten. Art. L 622-13 CdC bepaalt: '*les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail*'. Het reguliere ontslagrecht moet ook tijdens de faillissementsprocedures gerespecteerd worden, met enkele uitzonderingen. Het verschil met het reguliere ontslagrecht is vooral het feit dat er sprake is van kortere termijnen voor overleg met werknemers, en kortere termijnen voor validatie of homologatie. Een extra vereiste is echter in sommige gevallen dat de toestemming van de rechter-commissaris gevraagd moet worden voor het ontslag.

In het geval van een sauvegarde-procedure is het reguliere ontslagrecht zonder uitzondering van toepassing, om strategisch gebruik van de *sauvegarde* te voorkomen.[539] Het relatief geringe aantal sauvegarde-procedures wordt wel met deze situatie in verband gebracht. In de *Code de commerce* wordt wel rekening gehouden met het feit dat de *sauvegarde* aanleiding kan geven tot ontslagen. In art. L. 626-2 et L. 626-10 CdC wordt vastgesteld dat het *plan de sauvegarde* moet preciseren wat de gevolgen zijn voor de werkgelegenheid en welke sociale maatregelen voorzien zijn om deze te verzachten.[540]

Zowel de redressement- als de liquidation-procedure kunnen aanvangen met een onderzoeksperiode. Als de curator in die periode personeel wil ontslaan, geldt een iets versneld regime voor de overlegverplichtingen (art. L1233-58 CdT).[541] In deze procedures is de verplichting om twee bijeenkomsten met de ondernemingsraad te houden met ten minste vijtien dagen ertussen niet van toepassing. De ondernemingsraad moet wel een advies geven. De Direccte heeft acht dagen voor het valideren of homologeren van een PSE in het geval van een *redressement*, en vier dagen in het geval van een

[539] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 928; P. Bailly, Les licenciements et les procédures collectives, *Gazette du Palais*, 8 novembre 2008 n° 313, P. 3.
[540] P. Bailly, Les licenciements et les procédures collectives, *Gazette du Palais*, 8 novembre 2008 n° 313, P. 3
[541] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, 1107-1113.

liquidation. Bij afwijzing door de Direccte kan de werkgever opnieuw het advies van de ondernemingsraad vragen binnen drie dagen. Het akkoord of, bij gebreke daarvan, het gewijzigde eenzijdige plan, wordt weer voorgelegd aan de Direccte, die er binnen drie dagen over beslist. Bij opzegging zonder toestemming van de Direccte heeft de werknemer recht op een schadevergoeding ter hoogte van ten minste zes maandsalarissen ten laste van de werkgever. Bij *redressement* of *liquidation* kan de opzegging, anders dan buiten faillissement, niet vernietigd worden wegens het niet nakomen van deze verplichtingen (art. L1235-10 CdT).

Als deze procedures zijn afgerond, moet de *administrateur* in de redressements-procedure toestemming krijgen van de rechter commissaris (art. L631-17 CdC). De autorisatie van de rechter-commissaris is niet nodig voor ontslagen na de opening van de liquidatie-procedure. Zodra in die procedure echter een gehele of gedeeltelijke voortzetting van de onderneming wordt beoogd en de activiteiten worden voortgezet, is een autorisatie van de rechter-commissaris voor ontslagen wel noodzakelijk.[542] Datzelfde geldt als een *plan de cession* wordt vastgesteld. In het plan moet worden gepreciseerd welke ontslagen worden voorzien in de maand volgend op het besluit waarmee het plan wordt vastgesteld.[543]

De rechter-commissaris onderzoekt het economische motief voor het ontslag en stelt het aantal personen en de functies vast waar de ontslagen moeten vallen (maar niet de personen zelf). Hij moet zijn besluit motiveren. Volgens art. L. 631-17 CdC moet de rechter-commissaris duidelijk maken dat de ontslagen urgent, onvermijdelijk en noodzakelijk zijn. Hij moet kennis hebben genomen van het advies van de ondernemingsraad over het voorgenomen ontslag bij gebreke waarvan de toestemming voor het ontslag niet rechtmatig is .[544] De ondernemingsraad of werknemersvertegenwoordigers moeten op de hoogte worden gesteld van het besluit van de rechter-commissaris. De rechtmatigheid van zijn besluit kan door de ondernemingsraad worden voorgelegd aan de Tribunal de commerce. Was het besluit onrechtmatig, dan zijn de opzeggingen op grond van dat besluit dat ook.

Neemt de *administrateur* zijn verplichtingen niet in acht bij het geven van een ontslag, dan is het ontslag schadeplichtig vanwege het ontbreken van een *'cause reelle et serieuse*'.[545] Het individuele ontslag kan worden voorgelegd door de betrokken werknemer aan het *Conseil de Prud'homme* .[546]

De wachttijden die van toepassing zijn bij regulier ontslag op bedrijfseconomische gronden, zijn niet van toepassing bij *redressement* en *liquidation* (art. L1233-59 CdT).[547] Na vaststelling van het *plan de redressement* heeft de *administrateur* een maand om de arbeidsovereenkomsten op te zeggen. Hij moet bij die opzegging wel de eventuele opzegtermijnen voorzien in de (collectieve) arbeidsovereenkomst in acht nemen. Zegt hij op na afloop van deze maand, dan garandeert *Assurance garantie des salaires* de als gevolg van het ontslag verschuldigde bedragen niet meer.

[542] Art. L641-10 CdC jo. L. 631-17.
[543] Art. L. 642-4 CdC, P. Bailly, Les licenciements et les procedures collectives, *Gazette du Palais*, 08 novembre 2008 n° 313, P. 3
[544] Cass. com., 5 nov. 2013, no 12-25362, ECLI:FR:CCASS:2013:CO01049, Sté Fadoul Gilibert Industries c/ Comité d'entreprise de la Sté Fadoul Gilibert Industries et a.
[545] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no 1107
[546] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 1108.
[547] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 1111; 1178.

De curator moet zich voorafgaand aan de opzegging inspannen voor de herplaatsing van de individuele werknemers. De herplaatsingsinspanning geldt ook voor plaatsing bij andere ondernemingen die tot dezelfde groep behoren.[548] De *Chambres sociales* toetsen deze verplichting indringend, en maken daarbij geen uitzondering voor de onderneming in een faillissementsprocedure.[549] De vergoedingen voor het niet nakomen van deze verplichting kunnen behoren tot de door het waarborgfonds *Assurance garantie des salaires* gegarandeerde bedragen.

VII.4.4 Assurance garantie des salaires

Sinds 1973 zijn Franse werkgevers verplicht om een verzekering voor hun werknemers af te sluiten tegen het risico van het niet betalen van vorderingen van werknemers, met een plafond. Werkgevers hebben een vereniging opgericht om aan deze verplichting te voldoen, de *Assurance garantie des salaires* (AGS). Als de werkgever in een faillissementsprocedure geraakt, kan de AGS in de plaats van de werkgever de salarissen en andere verschuldigde bedragen voldoen. De AGS wordt na betaling gesubrogeerd in de rechten van de werknemers, waarbij zij profiteert van dezelfde preferenties in de faillissementsprocedures als de werknemers (art. L3253-16 CdT; art. L 622-17 CdC). Na faillietverklaring worden de vorderingen van werknemers, na controle van een werknemersvertegenwoordiger, door een rechter gevalideerd. De AGS kan eveneens optreden als controleur en kan interveniëren in procedures over deze vorderingen.[550]
De AGS garandeert de bedragen zoals voorzien in art. L. 3253-6 en verder CdT. De garantie bestaat uit de volgende onderdelen.

Sauvegarde
In beginsel garandeert AGS geen werknemersvorderingen tijdens de *sauvegarde*, omdat de debiteur dan niet verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen. Er worden op dit principe uitzonderingen gemaakt. Die bestaat voor de ontslagvergoedingen voor ontslagen op bedrijfseconomische gronden die worden gegeven in de maand nadat het *plan de sauvegarde* wordt vastgesteld.[551] De garantie wordt niet automatisch gegeven; de debiteur moet aantonen dat hij onvoldoende middelen heeft om deze bedragen te voldoen.[552]

Redressement en *liquidation*
De AGS garandeert alle schulden aan de werknemers tot het moment van de start van de faillissementsprocedure. Opmerkelijk is dat de AGS niet alleen salarissen, maar ook andere

[548] Art. L. 1233-4 CdT; C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 1179
[549] A. Boyer, Entreprises en difficulté, Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté *Gazette du Palais*, 17 avril 2010 n° 107, P. 8
[550] Art. L. 621-10 CdC tijdens sauvegarde, art. L. 631-9 jo. L. 621-10 CdC in redressement, en art. L. 641-1 in liquidation judiciaire; C. Gailhbaud, Les dispositions relatives aux salariés dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, *Gazette du Palais*, 08 avril 2014 n° 98, p. 52.
[551] Te weten loon over de opzegtermijn, vakantietegoeden, schadevergoeding wegens ontslag, en vergoeding gelieerd aan het re-integratiecontract (art. L 143-11-3 CdT); C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 1006.
[552] Art. D. 3253-5 CdT;. C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 1006.

bedragen garandeert die verschuldigd zijn uit hoofde van vorderingen, zoals letselschadeaansprakelijkheid en ontslagvergoedingen.[553] Van de gegarandeerde vorderingen ontstaan vóór het faillissement zijn sinds 2004 uitgezonderd, de ontslagvergoedingen die verschuldigd zijn volgens een sociaal akkoord dat gesloten is binnen achttien maanden vóór de start van de faillissementsprocedure. Dit is gebeurd om misbruik te voorkomen.[554]

De vorderingen die ontstaan na het openen van de faillissementsprocedure worden beperkt gegarandeerd. Onder de garantie bij *liquidation* valt het loon dat verschuldigd is tijdens de onderzoeksperiode onder voorwaarde dat de *liquidation* inderdaad wordt uitgesproken, en met een maximum van anderhalve maand salaris. Daarnaast wordt gegarandeerd het loon tijdens de vijftien dagen volgend op het liquidatiebesluit, en tijdens de voorlopige voortzetting van de werkzaamheden. De AGS garandeert daarnaast de ontslagvergoedingen die verschuldigd zijn als zich een ontslag voordoet na het openen van de redressements-procedure, tijdens de onderzoeksperiode, en in de maand die volgt op het vaststellen van het *plan de sauvegarde, redressement* of *cession*. Ontslagvergoedingen bij *liquidation* zijn gegarandeerd voor ontslagen in de vijftien dagen volgend op de liquidatie en tijdens de voorlopige voortzetting van de werkzaamheden.

De werknemersvorderingen zijn gelimiteerd tot een bepaald plafond, afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst. In 2014 was dit plafond € 75.096 voor een contract dat al minstens twee jaar had geduurd bij aanvang van het faillissement en € 62.580 euros voor een contract dat tussen zes maanden en twee jaren had geduurd.[555]

In het geval van liquidation is het gegarandeerde bedrag gelimiteerd tot € 9 510 voor anderhalve maand en € 6340 voor een maand salaris.

VII.4.5 Overgang van onderneming

VII.4.5.1 Overgang van onderneming in het algemeen

De Franse wetgever trof reeds in 1928 een regeling voor het behoud van de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming.[556] De regeling is thans te vinden in afdeling L 1224-I CdT. Dit artikel bepaalt dat als zich een wijziging in de juridische positie van de werkgever voordoet, met name door overgang, verkoop, fusie, transformatie van activiteit of incorporatie, alle arbeidsovereenkomsten die van kracht zijn op de dag van de wijziging, worden voortgezet tussen de nieuwe werkgever en de werknemers van de onderneming. Niet alle werknemers gaan altijd automatisch over. Werknemers-vertegenwoordigers genieten extra ontslagbescherming. Als er sprake is van een overgang van een deel van de werkzaamheden, moet volgens art. L 2414-1 en L 2421-9 de

---

[553] Vorderingen kunnen nog jaren na het faillissement bij de AGS ingediend worden mits ze volgens de toepasselijke wetgeving vóór aanvang van de faillissementsprocedure zijn ontstaan. In 2013 dienden werknemers massaal aan asbest gerelateerde vorderingen, ontstaan in de jaren 70 en 80, in bij de AGS. AGS, *Rapport d' activite* 2013, http://www.ags-garantie-salaires.org/leurope.html.

[554] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 1123.

[555] Art. L. 3253-17 en D. 3253-5 CdT; C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 1128.

[556] M. Despax, J. Rojot, J. Laborde, *Labour Law in France*, Kluwer Law International, 2011, par. 441-445:

Arbeidsinspectie verifiëren of er geen sprake is van discriminatie van deze werknemers. Dat betekent dat zij pas overgaan na de toestemming van de Arbeidsinspectie.[557]

De nieuwe werkgever is niet verplicht om de collectieve arbeidsovereenkomsten die van kracht waren bij zijn voorganger, blijvend te respecteren.[558] Hij is wel verplicht om nieuwe onderhandelingen te starten. De cao blijft gedurende één jaar na de overgang gelden (art. L 2261-10 CdT). Daarnaast geldt dat de werknemers de individuele rechten die ze hebben gekregen uit hoofde van de cao van de vervreemder, behouden. De rechten uit *accords collectifs* (ondernemingsovereenkomsten tussen bonden en werkgever) gaan niet over.[559]

Uit art. L 1224-2 CdT volgt dat de nieuwe werkgever gebonden is aan de verplichtingen die de vervreemder had op het moment van de werkgeverswisseling. De eerste werkgever moet de bedragen die de nieuwe werkgever aan de werknemers heeft voldaan, aan de nieuwe werkgever voldoen behoudens een andersluidende overeenkomst tussen hen.

Als de verkrijger zich niet houdt aan de verplichting om de werknemers over te nemen, kan de werknemer kiezen tussen ofwel de voortzetting van het contract bij de verkrijger, ofwel een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging bij de opzeggende partij (hetzij de vervreemder, hetzij de verkrijger).[560] Bij een keuze voor voortzetting van het contract is mogelijk dat de werknemer recht heeft op zijn salaris over de periode tot aan de werkhervatting bij de verkrijger.[561]

VII.4.5.2 Overgang van onderneming bij insolventie

In zowel de *sauvegarde* als in de *redressement* en de *liquidation* kan de onderneming of een deel van de onderneming overgedragen worden aan een ander. Volgens art. 631-13 CdC kunnen derden vanaf de opening van een procedure, aan de *administrateur* een bod doen gericht op het behoud van de activiteiten van de onderneming, door een gehele of gedeeltelijke ‘cession’.[562]

In L.1224-1 en verder CdT wordt geen uitzondering gemaakt voor de mogelijkheid van overgang van arbeidscontracten bij overgang van onderneming bij insolventie van de werkgever. Volgens de rechtspraak is het behoud van de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming ook van toepassing bij *redressement* en *liquidation judiciare.* Dat zal met name het geval zijn bij de *cession*.[563] De overdracht van de arbeidsovereenkomsten op grond van overgang van onderneming aan de verkrijger is automatisch, algemeen, en werknemers kunnen hun rechten uitoefenen ook als de verkrijger niet op de hoogte was van zijn contract of als de *cession* maar een deel van de onderneming betrof. De *Cour de Cassation* heeft geoordeeld dat de verkrijger gehouden is om de contracten over te nemen

[557] CE, 4e et 5e sous-sect., 24 juin 2013, no 340128, Min. de l'écologie c/ SAS DHL Express, *Gazette du Palais*, 11 juillet 2013 n° 192, P. 31 Zie over de bijzondere positie van beschermde werknemers ook G. Teboul, Des rapports entre le droit des entreprises en difficulté et le droit social *Gazette du Palais*, 04 novembre 2010 n° 308, P. 6 -)
[558] M. Despax, J. Rojot, J. Laborde, *Labour Law in France*, Kluwer Law International, 2011, par. 446.
[559] M. le Bihan-Guénolé, *Le droit du travail 2013/2014*, Hachette Livre, Paris 2013, p. 65; p. 75.
[560] CCASS SOC 20/3/2002 pourvoi 00-41651.
[561] CCASS 15/2/2006 Pourvoi 04-43923
[562] A. Diesbecq, La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté, *Gazette du Palais*, 22 janvier 2009 n° 22, P. 3
[563] C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no 1299. M. Despax, J. Rojot, J. Laborde, *Labour Law in France*, Kluwer Law International, 2011, par. 443 –447.

van werknemers die voor de overgang op onregelmatige wijze zijn ontslagen door de *liquidateur*. [564]

Dat wil echter niet zeggen dat de werkgelegenheid in geval van een faillissementsprocedure in zijn geheel behouden wordt. De curator kan in het zicht van de overdracht, conform de vereenvoudigde procedure bij bedrijfseconomisch ontslag, ontslagen effectueren.[565] Om de boedel beter te kunnen verkopen zal de *liquidateur* hier in het algemeen toe overgaan.[566] Ook kan hij werknemers een voorstel doen om hun arbeidsvoorwaarden te wijzigen (bijvoorbeeld een loonsverlaging). De bedenktijd bij dit voorstel is in het geval van een redressement- of liquidation-procedure, vijftien dagen in plaats van in het reguliere arbeidsrecht, één maand.[567] Een ontslag op bedrijfseconomische gronden kan (ook) volgens het reguliere recht gerechtvaardigd worden door de weigering van de werknemer om een noodzakelijke wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld de verlaging van zijn salaris) te accepteren (art. L1222-6 en L 1233-1 CdT). De verkrijger heeft het recht om arbeidsovereenkomsten op te zeggen conform de reguliere voorwaarden van art. L. 1231-1 en verder CdT.

Uit art. L1224-2 CdT volgt daarnaast dat de nieuwe werkgever niet gebonden is aan de verplichtingen die de vervreemder had op het moment van wijziging van werkgever, in het geval van een *sauvegarde*, *redressement* of *liquidation*. De gevolgen van de gebondenheid aan de arbeidsovereenkomst met de werknemers van de failliet zijn aldus beperkt. Degene die een deel van de onderneming in een *cession* tijdens een faillissementsprocedure overneemt, kan wel krachtens de overeenkomst met de curator gehouden zijn een deel of het geheel van de schulden van de debiteur over te nemen. In dat geval kunnen de werknemers daar ook een beroep op doen.[568]

VII.4.5.2 Misbruik

De mogelijkheid om een vennootschap te ontdoen van werknemersvorderingen door deze in een liquidatie-procedure te brengen en vervolgens de werknemers te ontslaan onder overneming van de vorderingen door de AGS, is vatbaar gebleken voor misbruik, met name in groepsondernemingen. Een (groeps)onderneming kan middels het staken van alle activiteiten van een vennootschap een faillissement van een dochtervennootschap organiseren om zo arbeidsrechtelijke verplichtingen bij bedrijfseconomisch ontslag te omzeilen. In beginsel is naar Frans recht het staken van activiteiten een legitieme reden voor ontslag op bedrijfseconomische gronden, en dat geldt ook voor een ontslag door de curator in het faillissement. Werknemersvertegenwoordigers en de AGS hebben gezocht naar manieren om op te treden tegen een dergelijk zelf-georganiseerd faillissement, met name als de vennootschap feitelijk tot een winstgevend concern behoorde.

---

[564] Cass. Soc. 20 janv. 1998, JCP 1998, no. 10027; Cass. Soc. 24 fevrier 2004, no. 442; J. Touati, *L.224-1 a la loupe*, Wolters Kluwer France 2008, p. 35.

[565] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 1300; Jean jacques Touati, L.224-1 a la loupe, Wolters Kluwer France 2008, p. 35.

[566] A. Boyer, Entreprises en difficulté, Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté Gazette du Palais, 17 avril 2010 n° 107, P. 8

[567] l'art. L. 1222-6 du Code du travail David Jacotot et Christine Gailhbaud, Apports de la réforme du livre VI du Code de commerce en matière de droit du travail, Gazette du Palais, 07 octobre 2014 n° 280, P. 11

[568] Cass. soc., 23 septembre 2008, pourvoi no 07-41.615 [Arrêt no 1572-FD] Gazette du Palais, 22 janvier 2009 n° 22, P. 45, note Philippe Duprat.

In de rechtspraak van de *Conseil de Prud'homme* is een spraakmakend instrument ontwikkeld om hier tegen op te komen. In diverse uitspraken is aangenomen dat er sprake kan zijn van co-werkgeverschap (‘*co-emploi*’) binnen een groepsonderneming. De werknemer moet daarvoor aantonen dat er sprake was van inmenging in de activiteiten, belangen en bestuur van zijn formele werkgever door de andere entiteit, zodanig dat de formele werkgever niet over autonomie beschikte in het drijven van de onderneming.[569] Als co-werkgeverschap wordt aangenomen, kunnen de opzeggingen vernietigd worden door de rechter en/of kan de co-werkgever verplicht zijn om mee te betalen aan het PSE of aan een schadevergoeding voor werknemers. Verder kan de AGS de uitbetaalde salarissen verhalen op de co-werkgever. Deze verhaalsmogelijkheden werden ook toegepast op multinationale concerns met vennootschappen met een buitenlandse vestigingsplaats, hetgeen sommigen deed vrezen voor het investeringsklimaat in Frankrijk. In een relatief recente uitspraak heeft het *Cour de Cassation* de reikwijdte van de *co-emploi* beperkt uitgelegd door te benadrukken dat sprake moet zijn van daadwerkelijke inmenging in de beslissingen van de formele werkgever; de enkele afstemming, coördinatie of zelfs (economische) dominantie binnen een groep is onvoldoende.[570] In dezelfde week heeft het *Cour de Cassation* de aansprakelijkheid in concernverband echter ook verruimd. Het ging wederom om een faillissement van een dochtervennootschap in een concern. De werknemers stelden de moedervennootschap aansprakelijk voor het als gevolg van diens manipulatie met de dochtervennootschap ingetreden faillissement. Volgens het *Cour de Cassation* was voor aansprakelijkheid voldoende dat een vennootschap besluiten heeft genomen die voor haarzelf nuttig waren, maar niet voor de dochtervennootschap, terwijl ze de economische situatie van een dochtervennootschap hebben verergerd.[571]

Een andere methode om werkgeversverplichtingen te omzeilen is om de activiteiten van een vennootschap te staken, om ze daarna heimelijk voort te zetten in een nieuwe onderneming. Dit zou neerkomen op het ontduiken van de rechten bij overgang van onderneming (L1224-1 CdT). Als dit uitkomt wordt een eventuele opzegging vernietigbaar. Tevens is als frauduleus aangemerkt de opzegging van alle werknemers in een *plan de redressement*, om dezelfde werknemers daarna weer in dienst te nemen tegen andere voorwaarden.[572] De werknemer kan, indien zijn arbeidsovereenkomst op deze gronden is opgezegd, kiezen tussen ofwel de voortzetting van het contract bij de verkrijger, ofwel een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging bij de opzeggende partij (hetzij de vervreemder, hetzij de verkrijger).[573] Tevens is mogelijk dat de werknemer recht heeft op zijn salaris tot aan de werkhervatting bij de verkrijger.[574]

---

[569] Cass. soc., 18 janv. 2011, no 09-69199, FS-P+B+R, SAS Jungheinrich Finances Holding c/ M. D.
[570] CC 2 juillet 2014, 13-15.208 ECLI:FR:CCASS:2014:SO01298 (Molex); zie ook Soc., 24 juin 2014, pourvoi n° 10-19.776, Bull. 2014, V, n° .
[571] Cass. Soc., 8 juillet 2014, N° de pourvoi: 13-15573, ECLI:FR:CCASS:2014:SO01476; zie voor eerdere rechtspraak in die richting, Cass. Soc. 14 novembre 2007, n°05-21239; A. Murgier, Le glissement du co-emploi vers la responsabilité civile délictuelle, Decideurs, *Magazine Strategie Finance Droit*, 23-10-2014.
[572] Cass. Soc. 30 juin 1992, Dr. Soc. 1992, 183; Cass. Soc. 12 december 1990, Bull. Civ. V. no. 655; J. Touati, *L.224-1 a la loupe*, Wolters Kluwer France 2008, p. 109.
[573] Cass. Soc., 20/3/2002 pourvoi 00-41651.
[574] Cass. 15/2/2006 Pourvoi 04-43923.

VII.4.7 Medezeggenschap

Sinds de Wet van 25 januari 1985 weegt het werknemersbelang, als gezegd, zwaar in de faillissementsprocedures. De ondernemingsraad of, als die er niet is, de afgevaardigden van het personeel, worden betrokken bij de beslissingen inzake de onderneming in alle stadia van de procedure, zoals bleek al uit het voorgaande. Daaraan kan nog het volgende worden toegevoegd.

Ook als er nog geen gerechtelijke procedure in zicht is, heeft de personeelsvertegenwoordiging het recht om een toelichting te vragen van de ondernemer zodra zij zorgen hebben over de economische situatie van de onderneming (L 432-5 CdT). Dit wordt verondersteld bij te dragen aan de preventie van verdere moeilijkheden.[575] De ondernemingsraad mag met hulp van accountants een rapport opstellen dat aan de bestuurders en de *commissaires aux comptes* gezonden kan worden.[576] Enigszins aangepaste regels gelden voor de personeelsvertegenwoordiging als er geen ondernemingsraad is. Beide organen hebben de mogelijkheid om de bevoegde rechtbank te informeren over het feit dat de werkgever verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen (L631-6 CdC).

Een *procedure de conciliation* kan uitmonden in een akkoord dat gehomologeerd kan worden door de rechter. De ondernemingsraad moet hierover geïnformeerd worden (art. L. 611-8-1 CdC).[577]

De ondernemingsraad moet voorts worden geïnformeerd en geconsulteerd door de ondernemer voorafgaand aan het nemen van beslissingen inzake de onderneming, bijvoorbeeld het aanvragen van een faillissement.[578] De ondernemingsraad kan zich in rechte tegen deze beslissingen verzetten. De ondernemingsraad moet tevens worden gehoord door het *Tribunal* vanaf de opening van een sauvegarde- of faillissementsprocedure (art. L623-3 CdC; L626-8 CdC). Vanaf de opening van de procedure moet op uitnodiging van de bevoegde rechter een werknemersvertegenwoordiger worden gekozen door het personeel. Zijn rol is om de vorderingen van de werknemers te controleren.[579] De *mandataire judiciaire* verifieert de loonvorderingen. De werknemersvertegenwoordiger verifieert de bevindingen van de *mandataire* op zijn beurt, en kan zich wenden tot de *administrateur* of de rechter-commissaris bij problemen.

De ondernemingsraad moet worden geïnformeerd en geconsulteerd tijdens de onderzoeksperiode over het opstellen van het *plan de redressement* of het *plan de cession* en het voornemen ontslagen op bedrijfseconomische gronden te doen plaatsvinden.[580]
Bij het besluit van de rechter om een *plan de cession* in een *liquidation judiciaire* goed te keuren (dat wil zeggen, de overname van de onderneming door een derde partij) is de ondernemingsraad echter niet betrokken noch kan zij daartegen in beroep.[581]

---

[575] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no 195.
[576] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no. 204-205.
[577] Christine Gailhbaud, Les dispositions relatives aux salariés dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 Gazette du Palais, 08 avril 2014 n° 98, P. 52. Het is niet duidelijk op welk moment dat verplicht is.
[578] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 909.
[579] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no 55; no 805.
[580] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014 no 905; no. 1176.
[581] C. Saint-Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso Issy-les-Moulineaux, 2014, no. 1265.

VII.4.8 Samenvattende beschouwing Frankrijk

In vergelijking met Nederland kent Frankrijk een grotere variatie aan preventieve procedures en insolventieprocedures. Verscheidene preventieve procedures zijn gericht op voortzetting van de onderneming door de vennootschap zelf, met hulp van door de bevoegde rechter benoemde personen. De faillissementsprocedures bestaan uit een procedure gericht op voortzetting van de onderneming, de *redressement judiciaire*, en een procedure gericht op liquidatie van de onderneming, de *liquidation judiciaire*. Beide kunnen leiden tot overdracht van de onderneming of een deel daarvan aan derden. Verreweg de meeste procedures eindigen in een liquidatie.

De positie van werknemers in een faillissement is vergelijkbaar met de Nederlandse situatie. De loonvorderingen van werknemers over zestig dagen voorafgaand aan het faillissement zijn bevoorrecht (supergeprivilegieerd). Vorderingen ontstaan na het faillissement zijn eerste in rang na voldoening van de supergeprivilegieerde vorderingen. De vorderingen van de werknemers worden deels overgenomen door een waarborgfonds. Behalve salaris worden ook andere soorten vorderingen gegarandeerd, zoals vorderingen voor letselschade ontstaan voor opening van de faillissementsprocedure en ontslagvergoedingen bij ontslag tijdens faillissement. De vorderingen worden gewaarborgd tot een maximaal bedrag, afhankelijk van de lengte van de arbeidsovereenkomst.

Het faillissement leidt net als in Nederland niet automatisch tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De curator kan tijdens faillissement gebruik maken van een enigszins verlicht ontslagregime, in die zin dat de termijnen voor overleg met de ondernemingsraad en het verkrijgen van toestemming voor ontslag van de bevoegde autoriteit korter zijn. Anderzijds wordt aan de reguliere ontslagprocedure in sommige gevallen nog toegevoegd de verplichting toestemming te krijgen van de rechter commissaris. Dit is met name het geval wanneer de overdracht van een deel of het geheel van de onderneming wordt beoogd.

De rechtspositie van werknemers bij overgang van onderneming tijdens een insolventieprocedure is wezenlijk anders dan in Nederland. Frankrijk maakt geen gebruik van de mogelijkheid die art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG biedt. De regels van overgang van onderneming zijn ook van toepassing in een insolventieprocedure. Wel maakt Frankrijk gebruik van de mogelijkheden die art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG biedt om de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels over overgang van onderneming te verzachten. In het geval van sauvegarde, redressement of liquidation is de verkrijger niet aansprakelijk voor vorderingen van de werknemer ontstaan voor de wijziging van werkgever door de overgang.

De mogelijkheid om door het regisseren van een faillissement, werknemersvorderingen te laten overnemen door het waarborgfonds, leent zich voor misbruik, met name in groepsondernemingen. In jurisprudentie heeft dit geleid tot het aannemen van co-werkgeverschap en/of aansprakelijkheid van de moedervennootschap die het faillissement van de dochtervennootschap had geregisseerd.

De ondernemingsraad heeft in het algemeen in het Franse recht een grote rol bij reorganisatie van het bedrijf en ontslag van de werknemers. In een sociaal akkoord met vakbonden kan van de regels inzake het overleg met de ondernemingsraad worden afgeweken. Deze regels gelden ook tijdens faillissement. Bij de aanvraag van het

faillissement en bij de afwikkeling ervan moet de ondernemingsraad bij de meeste belangrijke beslissingen worden geconsulteerd.

VIII. Samenvatting

Vraagstelling

Centrale vraag in dit onderzoek is in hoeverre de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer wiens werkgever in een insolventieprocedure verzeild raakt, verschilt van die buiten insolventie. Voorts wordt onderzocht hoe een en ander is geregeld in België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. De bevindingen uit het rechtsvergelijkende deel van het onderzoek zijn hierna in aparte kaders weergegeven.

> ***Insolventieprocedures***
>
> *Voor Nederland zijn in het onderzoek betrokken: de faillissementsprocedure en de verlening van surseance van betaling. De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen is buiten beschouwing gelaten.*
>
> *Voor België zijn onderzocht: de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement. De eerste procedure strekt tot het behouden van het geheel of van een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten. Zij kent verschillende varianten. Deze studie houdt zich vooral bezig met het één daarvan: de overdracht onder gerechtelijk gezag. De Belgische faillissementsprocedure is net als de Nederlandse gericht op liquidatie van de boedel en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers.*
>
> *Het Duitse recht kent één unitaire insolventieprocedure, das Insolvenzverfahren. Het doel van de procedure is de schuldeisers te voldoen door het vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst te verdelen of door in een Insolvenzplan een afwijkende regeling te treffen, in het bijzonder tot behoud van de onderneming. De procedure kan derhalve zowel op liquidatie als op reorganisatie van de onderneming gericht zijn.*
>
> *Het Engelse recht kent diverse insolventieprocedures. Sommige daarvan zijn gericht op liquidatie en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers; andere op het voortbestaan van de onderneming. De belangrijkste vereffeningsprocedure voor rechtspersonen is de winding up; de belangrijkste reorganisatieprocedure is de administration. De 'pre-pack' is een bijzondere vorm van de administration.*
>
> *Frankrijk kent verscheidene preventieve procedures die gericht zijn op voortzetting van de onderneming door de vennootschap zelf, met hulp van door de bevoegde rechter benoemde personen. Een daarvan is de sauvegarde, die vergelijkbaar is met onze surseance van betaling. Met de faillissementsprocedure vergelijkbare procedures zijn de redressement judiciaire en de liquidation judiciaire. De eerste is gericht op voortzetting van de onderneming. Het doel van de laatste is de activiteiten van de onderneming te staken en de activa afzonderlijk te gelde te maken.*

Het Europeesrechtelijk kader

In dit onderzoek is eerst de relevante Europese regelgeving in kaart gebracht. De aandacht ging in het bijzonder uit naar een aantal richtlijnen die van grote betekenis zijn voor de wijze waarop de lidstaten van de Europese Unie de bescherming van werknemers bij faillissement vorm hebben gegeven. Deze richtlijnen vormen voorts een toetsingskader bij de beoordeling van voorstellen tot aanpassing van de nationale regels op dit terrein.

Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst door de overgang van een (onderdeel van een) onderneming overgaan op de verkrijger. Die overgang mag op zichzelf geen reden vormen voor ontslag. Dit vormt echter geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen (ETO-redenen).

Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn bovengenoemde voorschriften niet van toepassing wanneer de werkgever verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (een curator daaronder begrepen). Zij gelden wel bij surseance van betaling, omdat deze procedure primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming. Bij de beoordeling of de Richtlijn van toepassing is, geeft de doorslag welk doel met de procedure wordt beoogd. Voorts moet rekening worden gehouden met de modaliteiten van die procedure, in het bijzonder de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de Richtlijn (bescherming van werknemers).

Zijn genoemde voorschriften van toepassing (verklaard) op een overgang tijdens insolventie, dan kan de lidstaat – ongeacht het doel van de procedure – de gevolgen van de overgang beperken. Zij kan bepalen dat de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger. Voorwaarde is wel dat de betrokken werknemers een bescherming toekomt die ten minste gelijkwaardig is aan die van Richtlijn 2008/94/EG (zie hierna). Verder kan de lidstaat voor hier bedoelde gevallen bepalen dat de verkrijger en de vervreemder of curator enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen om in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden die de Richtlijn op dit punt biedt, bijvoorbeeld voor een overdracht na surseanceverlening. In ons omringende landen is dat wel gebeurd.

Richtlijn 2001/23/EG verplicht de lidstaten tevens om maatregelen te treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemer van de in de Richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. De Richtlijn bevat ten slotte voorschriften over informatie aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers voorafgaand aan een overgang van een (onderdeel van de) onderneming. Deze bepalingen zijn onverkort van toepassing indien de werkgever verwikkeld is in een insolventieprocedure, ook wanneer die gericht is op liquidatie.

Verplichtingen betreffende informatieverschaffing aan en raadpleging van werknemers-vertegenwoordigers vinden we ook in Richtlijn 98/59/EG en Richtlijn 2002/14/EG. Eerstgenoemde richtlijn betreft een door de werkgever voorgenomen collectief ontslag; laatstgenoemde richtlijn bevat algemene informatie- en raadplegingsverplichtingen voor de werkgever, onder meer voor beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen. Deze verplichtingen zijn eveneens van toepassing wanneer de werkgever verwikkeld is in een gerechtelijke insolventieprocedure, ook hier ongeacht of deze gericht is op liquidatie van de rechtspersoon. Richtlijn 98/59/EG kent wel bepaalde uitzonderingen voor een collectief ontslag dat verband houdt met de beëindiging van de werkzaamheden die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, maar deze uitzonderingen zien slechts op de verplichting het voornemen tot collectief ontslag te melden aan de bevoegde overheidsinstantie en de na die melding door de opzeggende partij in acht te nemen termijn alvorens het ontslag kan worden geëffectueerd.

Richtlijn 2008/94/EG, ten slotte, verplicht de lidstaten tot instelling van een waarborgfonds dat de aanspraken van werknemers honoreert die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met een insolvente werkgever. De aanspraken mogen beperkt worden in duur en/of omvang. Het tijdvak waarover de onvervulde aanspraken moeten worden gehonoreerd, mag in beginsel echter niet korter zijn dan drie maanden. De lidstaten zijn voorts gerechtigd plafonds vast te stellen voor de betalingen door het waarborgfonds. Deze mogen evenwel niet lager zijn dan een minimum dat verenigbaar is met het sociale doel van de Richtlijn.

Loon

Loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden zijn in Nederland vanaf de dag van de faillietverklaring c.q. de datum van verlening van voorlopige surseance een (preferente) boedelschuld. Het loon en andere geldvorderingen van de werknemer op de werkgever die betrekking hebben op de periode vóór de insolventverklaring leveren een preferente vordering op. Dit voorrecht geldt alleen voor de vorderingen die betrekking hebben op het lopende en voorafgaande kalenderjaar.

Rangorde

In het Belgische rechtssysteem is loon slechts een boedelschuld voor zover het betrekking heeft op de periode na faillietverklaring en de curator de arbeidsovereenkomst voortzet of een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat. Besluit de curator tot beëindiging van de arbeidsovereenkomsten dan is – ook voor zover de loonaanspraken betrekking hebben op de periode na faillietverklaring – sprake van een preferente faillissementsvordering.

In Duitsland geldt dat in geval de arbeidsovereenkomst na opening van de insolventieprocedure door de curator wordt voortgezet, de daaruit voortvloeiende loonaanspraken boedelschuld zijn. Achterstallige loonvorderingen (ontstaan vóór de opening van de insolventieprocedure) zijn slechts faillissementsvorderingen.

> *Zet in Engeland de administrator of liquidator, na opening van de administration respectievelijk de winding up, de arbeidsovereenkomst voort, dan komt aan het loon vanaf datum opening insolventieprocedure een 'superpreferentie' toe. Loonaanspraken die niet onder deze superpreferentie vallen, zijn tot een bepaald bedrag bevoorrecht, althans voor zover zij betrekking hebben op de periode van vier maanden voorafgaand aan de procedure. Ook de pensioenpremies, het achterstallige vakantiegeld en een aantal nader aangeduide geldvorderingen van de werknemer zijn bevoorrecht. Andere geldvorderingen, zoals redundancy payment en unfair dismissal awards hebben geen bevoorrechte status.*
>
> *In Frankrijk zijn de loonvorderingen van werknemers over zestig dagen voorafgaand aan het faillissement bevoorrecht. Hierin is begrepen het verschuldigde vakantiegeld voor dertig werkdagen, evenals ontslagvergoedingen voor ontslagen in de genoemde periode. Loonvorderingen ontstaan na het faillissement zijn eerste in rang, na voldoening van de bevoorrechte vorderingen.*

Ontslag

Na faillietverklaring kunnen werknemers en de curator de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat 'in elk geval' de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van zes weken. Van verschillende zijden is erop aangedrongen om de opzegtermijnen in en buiten faillissement gelijk te trekken.

De curator heeft geen toestemming nodig van het UWV. Voorts wordt veelal aangenomen dat de bijzondere opzegverboden, althans de zogenoemde 'tijdens-verboden' (art. 7:670 lid 1 tot en met 4 en art. 7:670a BW), niet van toepassing zijn. Dit standpunt is niet onomstreden. Een uitdrukkelijke bepaling daarover in de wet lijkt zinvol. De curator behoeft voor de opzegging wel de machtiging van de rechter-commissaris. De wet bevat een bijzondere bepaling voor de werknemer die wil opkomen tegen een door de rechter-commissaris gegeven machtiging (art. 67 lid 2 Fw) en een vernietigingsgrond indien de curator verzuimd heeft een machtiging te vragen. Bij de effectiviteit van deze bepalingen worden in de literatuur vraagtekens geplaatst.

Zegt de curator op zonder inachtneming van de juiste termijn, dan is hij schadeplichtig. Niet uitgesloten is voorts dat een opzegging na faillissement kennelijk onredelijk is. Het gaat echter om uitzonderingssituaties. Een schadevergoeding door de curator verschuldigd uit hoofde van onregelmatig of kennelijk onredelijk ontslag is een boedelvordering. Is de werkgever gehouden tot een vergoeding wegens een opzegging die vóór het faillissement heeft plaatsgevonden, dan gaat het om een (preferente) verifieerbare vordering, ook wanneer deze vordering gebaseerd is op een sociaal plan of het een individueel overeengekomen *golden parachute* betreft. Is de werkgever met de vakorganisaties of de individuele werknemer vóór de faillietverklaring een ontslagvergoeding overeengekomen, maar wordt de werknemer pas na dat moment ontslagen, dan levert dat volgens de Hoge Raad geen boedelvordering op, noch een vordering die voor verificatie in aanmerking komt. De vordering van de werknemer kan in dat geval derhalve op geen enkele wijze in het faillissement geldend worden gemaakt. Deze rechtspraak is scherp bekritiseerd.

Onder het nieuwe recht krachtens de Wet werk en zekerheid heeft een werknemer die door zijn werkgever na twee dienstjaren wordt ontslagen als regel recht op een

transitievergoeding. Deze is niet langer verschuldigd wanneer de werkgever failliet wordt verklaard of aan hem surseance wordt verleend. Cao-partijen kunnen blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet werk en zekerheid echter bepalen dat een door hen overeengekomen 'gelijkwaardige voorziening' (in geld of in natura) wel verschuldigd blijft. Of deze nuancering ten opzichte van het huidige recht ook gevolgen heeft voor de situatie waarin het sociaal plan meer omvat dan een 'gelijkwaardig' te achten voorziening en voor de vooraf individueel overeenkomen afvloeiingsregeling, is nog niet duidelijk.

Ook voor opzegging na surseanceverlening gelden verkorte termijnen. Diverse auteurs nemen aan dat de tijdens-verboden ook dan niet van toepassing zijn. Voor opzegging is echter wel toestemming van het UWV vereist. Dit wordt – naast de toepasselijkheid van de regeling voor overgang van ondernemingen – beschouwd als een van de belangrijkste redenen waarom herstructurering zelden in surseance en veelal in faillissement plaatsvindt. INSOLAD heeft daarom voorgesteld het toestemmingsvereiste te vervangen door een machtiging van de rechter-commissaris. Het door deze vereniging gepubliceerde Ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling bevat ook een uitdrukkelijke uitzondering op de herplaatsingsverplichting van de werkgever en de tijdens-verboden.

Ook bij surseance vervalt de aanspraak op een transitievergoeding. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat die aanspraak ook niet herleeft op het moment dat de surseance wordt opgeheven. Verder lijkt ook een voorlopige surseance tot het definitief vervallen van de aanspraak op een transitievergoeding te leiden. Dit zou aanleiding kunnen geven tot misbruik. Opheldering is gewenst.

Ten aanzien van de opzegtermijn die de werknemer na surseanceverlening in acht moet nemen, heeft de wetgever bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid een vergissing begaan die ongedaan zou moeten worden gemaakt. Volstaan kan worden met een bepaling die de werknemer de bevoegdheid geeft de arbeidsovereenkomst in elk geval op te zeggen met inachtneming van de wettelijke termijn van één maand.

Ontslagregime

In België heeft het openen van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie op zichzelf geen invloed op de rechtspositie van de werknemer bij ontslag. Ook voor de curator in faillissement geldt dat hij bij de beëindiging de normale ontslagregels moet toepassen. Veelal zal hij echter niet de (volledige) opzegtermijn in acht nemen. In dat geval is een verbrekingsvergoeding verschuldigd, die op dezelfde manier wordt berekend als wanneer sprake is van een onregelmatig ontslag buiten faillissement.

Insolventie leidt ook in Duitsland niet automatisch tot het einde van de arbeidsovereenkomst. De wettelijke ontslagbescherming blijft in beginsel ook gelden bij insolventie. Wel kan de curator de arbeidsovereenkomsten opzeggen tegen het einde van de maand met een termijn van maximaal drie maanden. Is deze termijn korter dan de wettelijke of overeengekomen termijn buiten faillissement, dan wordt de curator schadeplichtig wegens voortijdige beëindiging. Bijzondere ontslagverboden blijven van toepassing. Voorts blijft gelden, dat de ondernemingsraad bij opzegging vooraf geraadpleegd moet worden. Verzuimt de curator dit te doen, dan is de opzegging nietig. Voor bedrijfseconomische ontslagen als gevolg van insolventie geldt wel een bijzonder, verlicht ontslagregime. Bereikt de curator met de OR overeenstemming over de geplande reorganisatie (Interessenausgleich) en de lijst van werknemers die op grond daarvan voor ontslag in aanmerking komen, dan wordt de opzegging van de genoemde werknemers vermoed te zijn ingegeven door dringende bedrijfseconomische omstandigheden die herplaatsing van de werknemers in de weg staat. De rechterlijke toetsing van de ontslagvolgorde is in dat geval beperkt.

In Engeland heeft de administration in beginsel geen invloed op de ontslagbescherming van de werknemer. Bij een gedwongen winding up is het uitgangspunt de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomsten. De in dat geval verschuldigde vergoeding vanwege het niet in acht nemen van de opzegtermijn moet door de werknemers ter verificatie worden ingediend. Bescherming tegen unfair dismissal komt de werknemers slechts toe als de arbeidsovereenkomst door de liquidator wordt voortgezet in het belang van de boedel.

In Frankrijk leidt een faillissement niet automatisch tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De curator kan gebruik maken van een enigszins verlicht ontslagregime, in die zin dat de termijnen voor overleg met de ondernemingsraad en het verkrijgen van toestemming voor ontslag van de bevoegde autoriteit korter zijn. Anderzijds wordt aan de reguliere ontslagprocedure in sommige gevallen nog toegevoegd de verplichting toestemming te krijgen van de rechter commissaris. Dit is met name het geval wanneer de overdracht van een deel of het geheel van de onderneming wordt beoogd. Tijdens een sauvegarde-procedure is het reguliere ontslagrecht van toepassing.

Concurrentiebeding

Het faillissement heeft op zichzelf geen gevolgen voor het concurrentiebeding. De curator kan nakoming vorderen, maar zal daar als regel slechts belang bij hebben wanneer hij de onderneming voortzet ten behoeve van de boedel. Indien hij het bedrijf aan een derde overdraagt, gaan de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege over op de verkrijger. Meestal zal het beding door de rechter vernietigd worden omdat het belang van de vrije arbeidskeuze van de werknemer het wint van het belang van de curator/de gezamenlijke schuldeisers bij een hogere boedelopbrengst. Een enkele keer besloot de rechter het beding echter (gedurende een beperkte tijd) te handhaven.

Het in mei 2006 in de Eerste Kamer gestrande wetsvoorstel 28 167 voorzag in het verval van het concurrentiebeding bij faillietverklaring van de werkgever. Dit onderdeel van het wetsvoorstel ontmoette tijdens de parlementaire behandeling nauwelijks bezwaren. Het werd om geheel andere redenen verworpen.

Loongarantieregeling

In geval van insolventie van zijn werkgever kan de werknemer aanspraak maken op overneming van betalingsverplichtingen van de werkgever door het UWV, de zogeheten 'loongarantieregeling'. Voor overneming komen in aanmerking:

- het niet-betaalde loon over een periode van ten hoogste dertien weken onmiddellijk voorafgaande aan de dag van opzegging of – bij een einde van rechtswege, door ontbinding of een beëindigingsovereenkomst – onmiddellijk voorafgaand aan het einde van de dienstbetrekking;
- het loon over de opzegtermijn, tot maximaal zes weken;
- het vakantiegeld en vakantiedagen over ten hoogste één jaar;
- de door de werkgever in verband met de dienstbetrekking van de werknemer aan derden verschuldigde bedragen over maximaal één jaar.

De regeling hanteert een ruim loonbegrip. Ontslagvergoedingen worden echter niet door het UWV overgenomen. Nederland is het enige land in de EU dat geen plafond heeft verbonden aan de aanspraken die aan de loongarantieregeling kunnen worden ontleend. Dat zal binnenkort veranderen. Als uitvloeisel van de Wet werk en zekerheid worden de aanspraken op loon en vakantiebijslag ingaande 1 januari 2016 gemaximeerd op anderhalf maal het maximumdagloon.

Overneming van betalingsverplichtingen

In België kan de werknemer voor onbetaald gebleven werkgeversverplichtingen een beroep doen op het Sluitingsfonds. Het gaat daarbij niet alleen om loon en vakantieaanspraken, maar bijvoorbeeld ook om de door de curator verschuldigde 'sluitingsvergoeding'. De aanspraken zijn gemaximeerd. Per werknemer kan maximaal € 25.000 worden uitgekeerd. Het fonds kan de uitgekeerde bedragen verhalen op de boedel.

In Duitsland hebben werknemers jegens de Bundesagentur für Arbeit aanspraak op Insolvenzgeld. Deze aanspraak betreft het niet-betaalde loon over een termijn van drie maanden voorafgaand aan de insolventie van de werkgever. Uitdrukkelijk uitgesloten zijn de aanspraken die verband houden met de beëindiging van de arbeidsverhouding, zoals een ontslagvergoeding of uitbetaling van niet genoten vakantiedagen. De hoogte van het Insolvenzgeld bedraagt het netto-loon van de werknemer, begrensd tot een maximum ter hoogte van de maandelijkse inkomensgrens voor de Renteversicherung.

In Engeland kunnen werknemers voor een deel van hun vordering op de werkgever een beroep doen op het National Insurance Fund. De aanspraken omvatten achterstallig loon over een periode van maximaal acht weken en het loon over de opzegtermijn, vakantiegeld, de basisvergoeding wegens unfair dismissal en de door de werkgever verschuldigde redundancy payment. De aanspraken zijn gemaximeerd. Verder bestaat recht op overneming van de schadevergoeding waarop de werknemer aanspraak heeft indien de werkgever zich niet heeft gehouden aan zijn consultatieverplichtingen bij een collectief ontslag.

> *In Frankrijk worden de vorderingen van de werknemers overgenomen door de Assurance garantie des salaires. Hier worden behalve salaris, ook andere soorten vorderingen in gegarandeerd, zoals schadevergoeding voor letselschade ontstaan voor opening van de faillissementsprocedure en ontslagvergoedingen bij ontslag tijdens faillissement. De vorderingen worden gewaarborgd tot een maximaal bedrag, afhankelijk van de lengte van de arbeidsovereenkomst. Dit bedrag is thans ongeveer € 75.000 bij een arbeidsovereenkomst die ten minste twee jaren heeft geduurd.*

Doorstart

Degene die een onderneming uit een failliete boedel overneemt, is vrij de daar werkzame werknemers al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te bieden (‘*pick and choose*’). Treden werknemers in dienst bij de verkrijger, dan zijn de arbeidsvoorwaarden waaronder zij gaan werken in beginsel vrij onderhandelbaar. De verkrijger wordt bovendien niet opgezadeld met de schulden van de vervreemder jegens zijn personeel. Is de vervreemder ten tijde van de overdracht surseance van betaling verleend, dan komt het personeel wel van rechtswege in dienst van de verkrijger, gaan de rechten en verplichtingen automatisch over en is een opzegging wegens de overgang vernietigbaar. Dit verschil is – samen met het feit dat voor opzegging van arbeidsovereenkomsten toestemming van het UWV nodig blijft – de belangrijkste reden waarom een doorstart zelden vanuit surseance plaatsvindt en veelal wordt gekozen voor een overdracht van (een deel van) de onderneming vanuit faillissement.

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of een voorbereide doorstart onder de in art. 7:666 BW opgenomen uitzondering voor faillissement valt. Deze discussie heeft een nieuwe impuls gekregen met de introductie van de *pre-pack* in de Nederlandse rechtspraktijk. Critici verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de Richtlijn overgang van ondernemingen, waarin niet uitsluitend naar het formele doel van de procedure wordt gekeken, maar ook de modaliteiten daarvan in de afweging worden betrokken. Bovendien zou het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie bij de *pre-pack* zozeer vóór het faillissement zijn gelegen, dat niet is uitgesloten dat de rechter tot de conclusie komt dat de regeling inzake overgang van onderneming wel degelijk van toepassing is. Anderen wijzen erop dat de faillissementsprocedure (nog steeds) in de eerste plaats gericht is op vereffening van de boedel. Doel is de liquidatie van de vennootschap die de onderneming drijft, ook bij een voorbereide doorstart. Voor een doorstart wordt slechts gekozen omdat de overdracht van (het onderdeel van) de onderneming als zodanig per saldo een betere prijs oplevert dan de verkoop van de losse onderdelen. Dat in geval van een *pre-pack* de overname reeds vóór de faillietverklaring gestalte krijgt, is volgens deze schrijvers van ondergeschikt belang. De overdracht vindt pas plaats na het faillissement.

Misbruik

Omdat de regeling inzake overgang van (een onderdeel van) de onderneming niet van toepassing is indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en ook een aantal

andere werknemersbeschermende bepalingen in dat geval zijn uitgeschakeld, ligt misbruik op de loer. Om dit tegen te gaan heeft de wetgever art. 13a Fw ingevoerd. Indien het faillissement wordt vernietigd (bijvoorbeeld) op grond van misbruik van bevoegdheid, wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator ingevolge dat artikel met terugwerkende kracht beheerst door de regels die van toepassing zijn buiten faillissement. Veelal betekent dit dat de werknemer achteraf alsnog een beroep kan doen op een vernietigingsgrond (ontbreken toestemming UWV, bijzonder opzegverbod). Onder het nieuwe recht kan de werknemer ook opteren voor een billijke vergoeding. Misbruik van faillissement kan ook grond vormen voor een actie uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder en/of de aandeelhouder(s) van de failliete vennootschap.

Van misbruik is sprake wanneer de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied teneinde daarmee de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te omzeilen. Het gaat dan vaak om gevallen van geregisseerde of voorgewende betalingsonmacht. Meestal is echter sprake van reële betalingsproblemen. Dat de aanvraag in deze gevallen mede ten doel heeft de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen, en aldus een doorstart (onder voor de schuldeisers gunstiger condities) mogelijk te maken, wordt voor het aannemen van misbruik niet voldoende geacht.

Alternatieven

De uitsluiting van de regeling voor overgang van onderneming in faillissement leidt er volgens diverse auteurs in de praktijk toe dat wordt gekozen voor een (‘technisch’) faillissement in gevallen waarin een buitengerechtelijke reorganisatie ook een optie was. De oorzaak daarvoor ligt volgens velen in het verschil in de rechtsbescherming van werknemers in faillissement en daarbuiten. Dit verschil zou moeten worden heroverwogen. Het opheffen daarvan zou bovendien strategisch gedrag dat aanstuurt op een faillissement om ontslag van werknemers te vergemakkelijken tegen kunnen gaan, en aldus een bijdrage kunnen leveren aan het bestrijden van misbruik en oneigenlijk gebruik. Over de vraag hoe die heroverweging dient uit te vallen, is de literatuur verdeeld.

Sommigen zoeken de oplossing in een opwaartse bijstelling van de werknemersbescherming in faillissement. Een groot aantal, voornamelijk arbeidsrechtelijk georiënteerde schrijvers meent dat het van toepassing verklaren van de beginselen van Richtlijn 2001/23/EG op een overgang van (een onderdeel van) de onderneming na faillissement uitkomst kan bieden. Daarbij wordt veelal tevens gewezen op de mogelijkheden die art. 5 lid 2 van de Richtlijn biedt om de gevolgen van de overgang te beperken. Om een doorstart te bevorderen zonder de *paritas creditorum* te verstoren, zou de wetgever moeten bepalen dat de schulden aan het zittende personeel niet op de verkrijger overgaan en dat de bestaande arbeidsvoorwaarden door de verkrijger, na instemming van de vakbonden, naar beneden kunnen worden bijgesteld. Verder wijzen diverse auteurs erop dat toepassing van de regeling betreffende overgang van ondernemingen niet in de weg hoeft te staan aan een sanering van de onderneming. Verkeert de onderneming daadwerkelijk in betalingsmoeilijkheden, dan zal immers veelal sprake zijn van economische redenen die gevolgen hebben voor de werkgelegenheid. Art. 4 van de Richtlijn laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open op die grond ontslag te verlenen.

Anderen gaan minder ver. Diverse schrijvers pleiten voor een neerwaartse bijstelling van de werknemersbescherming tijdens surseance. Zij vinden het een ‘gemiste kans’ dat de

wetgever de door de gewijzigde Richtlijn geboden mogelijkheden niet heeft gebruikt binnen de context van de surseance van betaling. Sommigen koppelen aan dit pleidooi een beperking van de toegang tot de faillissementsprocedure. Uiteraard zou men ook kunnen denken aan de introductie van positieve prikkels; bepaalde faciliteiten die wel aan de surseance, maar niet aan het faillissement zijn verbonden.

Bedrijfsovername

In België is bij de overdracht onder gerechtelijk gezag het uitgangspunt dat de rechten en verplichtingen uit lopende arbeidsovereenkomsten van rechtswege overgaan op de verkrijger. Op dit uitgangspunt wordt op diverse wijzen inbreuk gemaakt. In de eerste plaats is de verkrijger niet verplicht al het personeel in dienst te nemen. Hij mag een keuze maken, zij het dat deze keuze wel dient te rusten op ETO-redenen. Voorts gaan de rechten en verplichtingen, alsmede de schulden uit hoofde van de arbeidsoverenkomst slechts over als de verkrijger daarvan op de hoogte is gesteld. Bovendien kunnen de arbeidsvoorwaarden bij een overdracht onder gerechtelijk gezag worden gewijzigd. Voor een wijziging van de collectieve arbeidsvoorwaarden is instemming van de vertegenwoordigers van het personeel nodig. Een wijziging van de individuele arbeidsvoorwaarden is slechts toegesstaan met instemming van de werknemer en uitsluitend wanneer de wijzigingen hoofdzakelijk gebaseerd zijn op ETO-redenen. Bij een activaoverdracht na faillissement is de verkrijger volledig vrij het zittende personeel een arbeidsovereenkomst aan te bieden of niet. Doet hij dat, dan kunnen individueel ook andere arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen. De collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden blijven wel van toepassing, tenzij de werknemersvertegenwoordigers instemmen met een wijziging.

Duitsland heeft de regels voor overgang van onderneming ook van toepassing verklaard in de insolventieprocedure, ongeacht of deze op liquidatie is gericht of op voortzetting van de onderneming. Wel zijn de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels over overgang van onderneming verzacht, in die zin dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor vorderingen van de werknemer ontstaan vóór de opening van de insolventieprocedure. Bovendien kan ook de verkrijger gebruik maken van het verlicht ontslagregime voor reorganisaties.

Indien in Engeland na opening van een administration-procedure de onderneming wordt overgedragen, komen de werknemers die niet op grond van ETO-redenen zijn ontslagen, van rechtswege in dienst bij de verkrijger. Laatst genoemde kan echter niet worden aangesproken voor de bedragen die door het National Insurance Fund worden overgenomen. Verder geldt ook in Engeland dat de (oude en nieuwe) werkgever met de werknemers individueel een wijziging van het arbeidscontract overeen kunnen komen. Deze moeten wel voornamelijk zijn gebaseerd op een ETO-reden. Het is voor de vervreemder (of de insolvency practitioner) en de verkrijger daarenboven mogelijk om met het oog op de overgang met de werknemersvertegenwoordigers collectief wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden overeen te komen. Deze wijzigingsbevoegdheid is niet beperkt tot ETO-redenen, maar mag slechts worden uitgeoefend om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van (het onderdeel van) de onderneming te verzekeren. Bij een activaoverdracht door de liquidator in een gedwongen winding up is de verkrijger volledig vrij in zijn keuze om werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden en niet gebonden aan de oude arbeidsvoorwaarden.

De rechtspositie van werknemers bij overgang van onderneming na het openen van een insolventieprocedure is in Frankrijk wezenlijk anders dan in Nederland. De regels voor overgang van onderneming zijn ook van toepassing in een insolventieprocedure. Werknemers komen van rechtswege onder de oude voorwaarden in dienst van de verkrijger. Wel maakt Frankrijk gebruik van de mogelijkheden die Richtlijn 2001/23/EG biedt om de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels over overgang van onderneming te verzachten. In het geval van sauvegarde, redressement of liquidation is de verkrijger niet aansprakelijk voor vorderingen van de werknemer ontstaan vóór de werkgeverswisseling.

Na de overname

Zoals hiervoor al opgemerkt is degene die een onderneming uit een failliete boedel overneemt, vrij daar werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Neemt de verkrijger de werknemer in dienst, dan is hij bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden niet gebonden aan de afspraken van de werknemer met de vorige werkgever. De eerdere arbeidsovereenkomst of de diensttijd die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht, kunnen echter wel relevant zijn voor zijn rechtspositie bij de verkrijger, bijvoorbeeld voor de mogelijkheid tot het aangaan van een proeftijd en de berekening van de door de verkrijger in acht te nemen opzegtermijn.

In de praktijk wordt als lastig ervaren dat de regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (de 'ketenregeling') na een doorstart van toepassing is. Dit betekent dat het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vaak niet tot de mogelijkheden behoort. De gevolgen daarvan zijn onder het huidige recht enigszins beperkt door het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Van Tuinen/Wolters*, waarin deze oordeelde dat de regeling alleen van toepassing is wanneer tussen oude en nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat het door de eerste verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid moet worden toegerekend aan de verkrijger. Deze moet derhalve kunnen weten wat voor vlees hij in de kuip heeft. Vanaf 1 juli 2015 wordt dit anders, omdat het 'inzicht-vereiste' dan niet meer geldt voor opvolgend werkgeverschap in het kader van de ketenregeling. Het nieuwe ontslagrecht voegt daar nog een complicatie aan toe. Ook voor de berekening van de aan de overgenomen werknemer tezijnertijd verschuldigde transitievergoeding telt de bij de failliet doorgebrachte diensttijd mee.

Bij de 'doorwerking' van de eerdere arbeidsovereenkomst worden in de literatuur kritische kanttekeningen geplaatst. Het verbinden van gevolgen aan het dienstverband met de failliet kan de doorstarter ertoe brengen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan met het zittende personeel. Met name oudere werknemers in dienst van de failliete werkgever zouden daarvan de dupe worden. Daar staat tegenover dat het nog verder beperken van de bescherming van de werknemer bij een doorstart uit faillissement, ook betekent dat het realiseren van een reorganisatie buiten faillissement nog minder aantrekkelijk wordt.

Medezeggenschap

De regels voor informatie en consultatie van vakorganisaties en ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging), zoals neergelegd in de WOR, de SER-Fusiegedragsregels en de WMCO, zijn, anders dan in de praktijk wel wordt verondersteld, in beginsel gewoon van toepassing indien de werkgever in een insolventieprocedure verwikkeld raakt. Dit is voor zover het de in Richtlijn 98/59/EG, Richtlijn 2001/23/EG en Richtlijn 2002/14/EG geregelde aangelegenheden betreft ook vanzelfsprekend. Deze richtlijnen kennen ter zake geen uitzonderingen (meer) voor insolventieprocedures.

Een verzoek tot verlening van surseance van betaling en de eigen aangifte tot faillissement behoren tot de aangelegenheden de onderneming betreffende, die door de ondernemingsraad in de overlegvergadering aan de orde kunnen worden gesteld. Het verzoek tot het verlenen van surseance behoort volgens de Hoge Raad echter niet tot de aangelegenheden waarvoor de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt. De meeste auteurs nemen aan dat dit ook geldt voor de eigen aangifte tot faillissement. Deze opvatting is echter niet onomstreden.

Na de surseanceverlening en de faillietverklaring blijft het adviesrecht van de ondernemingsraad in stand. Is de curator voornemens de werkzaamheden van (een belangrijk onderdeel van) de onderneming te beëindigen of de onderneming over te dragen, dan behoort hij de ondernemingsraad daarover derhalve tijdig advies te vragen. Wel wordt aangenomen dat de curator voor het uitbrengen van dat advies een (zeer) korte termijn kan stellen. Voorts zou hij de opschortingstermijn van één maand niet in acht hoeven te nemen wanneer zijn besluit afwijkt van het advies. In de WOR zijn deze uitzonderingen echter niet terug te vinden. Daarvoor kan wellicht een beroep worden gedaan op de (derogerende) werking van de redelijkheid en billijkheid. INSOLAD stelt voor de opschortingstermijn na surseanceverlening slechts drie dagen te laten bedragen. Overwogen zou kunnen worden dit ook voor besluiten van de curator aldus te regelen.

Gaat het om een collectief ontslag in de zin van de WMCO, dan zal de curator zijn voornemen moeten melden bij de belanghebbende vakorganisaties en hen moeten uitnodigen voor overleg. Pas als deze raadpleging heeft plaatsgevonden, kan hij tot opzegging overgaan. Laat hij dat na, dan kunnen werknemers – zo wordt althans in de literatuur verdedigd – de opzegging vernietigen met een beroep op art. 7 WMCO. Dit geldt overigens ook wanneer de curator verzuimd heeft de ondernemingsraad te raadplegen.

In de literatuur zijn verschillende suggesties gedaan om een betere balans te bereiken tussen het belang van de werknemers bij informatie en consultatie enerzijds en het belang van de schuldeisers bij een spoedige afwikkeling van de boedel met een zo hoog mogelijke opbrengst anderzijds.

Diverse auteurs bepleiten – al dan niet onder verwijzing naar buitenlandse rechtstelsels – een versterking van de rol van de OR in de faillissementsprocedure. Zo zou de rechtbank verplicht kunnen worden om zich bij de behandeling van het verzoek tot surseanceverlening of de eigen aangifte en bij andere belangrijke beslissingen ten aanzien van de boedel op de hoogte te stellen van het gevoelen van de ondernemingsraad. Aldus zou een procedurele waarborg voor de zorgvuldigheid van de besluitvorming worden geïntroduceerd. Tevens zou op die manier mogelijk misbruik van faillissement eerder aan het licht

kunnen komen. De introductie van een dergelijke hoorplicht zou bovendien een goed alternatief kunnen vormen voor het adviesrecht, waarvan in insolventiesituaties niet al te veel verwacht mag worden. Ten slotte zou overwogen kunnen worden om de OR de bevoegdheid te geven om op te komen tegen handelingen van de curator.

Tevens vinden we in de literatuur een pleidooi voor een speciale medezeggenschapsprocedure voor faillissementssituaties. Gesuggereerd worden een adviesrecht zonder beroep en een verplichting voor de ondernemer om, gelijktijdig met of (kort) voorafgaand aan het surseanceverzoek, het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder en de eigen aangifte van faillissement, de OR daarvan met redenen omkleed in kennis te stellen.

Medezeggenschap

In België controleert de rechtbank bij een verzoek tot het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie of de werkgever heeft voldaan aan zijn verplichting de werknemersvertegenwoordigers in te lichten en te raadplegen. Na opening van de procedure moet zij de ondernemingsraad vóórafgaand aan diverse beslissingen horen, bijvoorbeeld voordat homologatie wordt verleend van de overeenkomst tot overdracht van de onderneming. De informatie- en raadplegingsverplichtingen die op werkgevers rusten bij een voorgenomen collectief ontslag, gelden onverkort in het kader van een gerechtelijke reorganisatie. De eigen aangifte tot faillissement moet door de werkgever worden meegedeeld aan de werknemersvertegenwoordiging. De curator kan slechts tot voortzetting van de exploitatie van de onderneming beslissen na overleg met de representatieve vakbonden. De rechtbank moet de werknemersvertegenwoordigers horen wanneer zij tot voortzetting beslist. Bij een collectief ontslag dient de curator de werknemersvertegenwoordigers te informeren en te raadplegen. De verzwaarde raadplegingsverplichting, opgenomen in de zogenoemde Renaultwet, is echter niet van toepassing. Op de wachttijd van dertig dagen die de werkgever na de melding aan de bevoegde overheidsinstantie in acht moet nemen alvorens op te zeggen, is een uitzondering gemaakt in geval van een sluiting van de onderneming die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, zoals een faillissement.

In Duitsland is er geen betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers bij de opening van de insolventieprocedure. Wel heeft de OR een grote rol bij reorganisatie van het bedrijf en ontslag van de werknemers. Bij een geplande reorganisatie moet de ondernemer/curator pogen een Interessenausgleich met de OR overeen te komen, waarin wordt afgesproken of, wanneer en hoe de geplande reorganisatie wordt uitgevoerd. Bovendien moet een sociaal plan afgesloten worden. In dat sociaal plan wordt een compensatie of vermindering van de economische nadelen die de werknemers lijden als gevolg van de reorganisatie afgesproken. Aan de Interessenausgleich kunnen de OR en ondernemer/curator een namenlijst verbinden waarin opgenomen wordt welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen. De opzegging van de in de namenlijst genoemde werknemers wordt vermoed sociaal gerechtvaardigd te zijn. De rechterlijke toetsing van het ontslag is marginaal.

Ook in Engeland zijn de wettelijke verplichtingen tot het verschaffen van informatie aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers, bijvoorbeeld bij collectief ontslag en overgang van onderneming, onverkort van toepassing tijdens de insolventieprocedure, ongeacht of deze gericht is op liquidatie van de rechtspersoon of onderneming. Engeland heeft geen gebruik gemaakt van de door Richtlijn 98/59/EG geboden mogelijkheid om bij een beëindiging van de werkzaamheden die voortvloeit uit een rechterlijke beslissing, een uitzondering te maken op de meldingsverplichting aan de overheid en de termijnen na afloop waarvan de collectieve ontslagen effect mogen sorteren.

De ondernemingsraad heeft in het algemeen in het Franse recht een grote rol bij reorganisatie van het bedrijf en ontslag van de werknemers. In een sociaal akkoord met vakbonden kan van de regels inzake het overleg met de ondernemingsraad worden afgeweken. Deze regels gelden ook tijdens faillissement. Bij de aanvraag van het faillissement en bij de afwikkeling ervan moet de ondernemingsraad bij de meeste belangrijke beslissingen worden geconsulteerd. Daarbij gelden kortere termijnen en de wachttijd voor opzegging na raadpleging komt te vervallen.